

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR LA
NATURE JURIDIQUE
DE LA
COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Caen

Le mardi 20 novembre 1906, à 2 heures de l'après-midi.

PAR

Marcel CHAUVIN

Avocat à la Cour d'appel de Caen



CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

13, rue Écuyère, 13

—
1906



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1906-1907

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✱, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☉), assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✱, I. ☉), professeur d'*Economie politique*, chargé du cours de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (☿, A. ☉), professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (✱, I. ☉, C. ✕, G. O. ✕, C. I. C. ✕, O. ✕, L. ✕), professeur de *Droit civil*. correspondant de l'Institut.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil*, ancien Ministre de la Justice, chargé du cours de *Notariat et Enregistrement*.

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

MM. BIVILLE (I. Q), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours d'*Eléments de Droit civil*.

DEBRAY (A. Q), professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR (A. Q), professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Eléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, professeur de *Droit romain* et chargé du cours de *Pandectes* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS, professeur de *Droit criminel*, chargé d'un cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL, professeur d'*Histoire du Droit français* et chargé du cours d'*Histoire du Droit public français*.

ALLIX, professeur d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

SECRÉTAIRE :

M. GALLOU (I. Q), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

JURY D'EXAMEN

MM. DANJON, *professeur*, PRÉSIDENT.

ASTOUL, *professeur*.

DEGOIS, *professeur*.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages anciens

- BEAUMANOIR. — *Les Coutumes du Beauvoisis*. Ed. Beugnot, Paris, 1842.
- BOUHIER. — *Observations sur les coutumes de Bourgogne*. Paris, 1746.
- COQUILLE (Guy). — *Questions et réponses sur les coutumes de France*. Paris, 1634.
- DUMOULIN. — *Omnia quæ extant opera. Parisiis*, 1681.
- FERRIÈRE. — *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*. Paris, 1762.
- Grand Coutumier de France*. Ed. Laboulaye et Dareste. Paris, 1868.
- LAURIÈRE (Eusèbe de). — *Texte des coutumes de la vicomté et prévôté de Paris*. Paris, 1778.
- LEBRUN. — *Traité des sociétés tacites*. — *Traité de la communauté*. Paris, 1754.
- Li livres de Jostice et de Plet*. Ed. Rapetti. Paris, 1850.
- LOYSEL. — *Institutes coutumières*. Ed. Dupin et Laboulaye. Paris, 1846.
- POTHIER. — *Œuvres*. Ed. Bugnet. Paris, 1845.
- RENUSSON. — *Traité de la communauté*. Ed. Sérieux. Paris, 1780.

II. — Ouvrages modernes

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*.
- BASSET. — *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale*. Thèse, Paris, 1896.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Du contrat de mariage*. (2^e édition.)
- BOISTEL. — *Philosophie du droit*. Paris, 1899.
- BUTEL. — *Etude critique sur l'idée de personnalité civile de la communauté*. Thèse, Paris, 1901.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de droit civil*. Paris, 1855-1881.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Paris, 1827-1828.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation*. Paris, 1899.
- GIDE. — *Etude sur la condition privée de la femme*. Ed. Esmein. Paris, 1885.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, 1898.
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*. Paris, 1885-1888.
- *Traité des privilèges et des hypothèques*. Paris, 1895-1899.
- Note sous Cassation, 16 nov. 1904. D. 1905, 1. 5.
- LAURENT. — *Principes du droit civil français*. Bruxelles, 1878.
- *Avant-projet de revision du Code civil belge*. Bruxelles, 1882-1885.
- LEFEBVRE. — *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1900.

LEFEBVRE. — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français : Le droit des gens mariés* (1^{er} fascicule). Paris, 1906.

MASSE. — *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*. Thèse, Paris, 1902.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, 1903.

RODIÈRE et PONT. — *Traité du contrat de mariage*.

TOULLIER. — *Droit civil*. Paris, 1843.

TROPLONG. — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*. Paris, 1833-1846.

VERDELOT. — *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*. Thèse, Paris, 1899.

VIOLLET. — *Précis de l'histoire du droit civil français*. Paris, 1893.

III. — Articles de Revue

Annales de droit commercial, 1895 et 1897. — SALEILLES, *Histoire des sociétés en commandite*.

Revue trimestrielle de droit civil, 1903. — MEYNIAL, *Le caractère juridique de la communauté entre époux*

Bulletin de la Société de législation comparée, 1890. — BUFNOIR, *Etude sur le droit de famille dans le projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne*.

INTRODUCTION

Le régime en communauté, ainsi que sa qualification l'indique, se caractérise par l'existence d'une masse commune aux deux conjoints, masse destinée à subvenir aux charges du ménage tant que dure l'association conjugale, puis, lors de sa dissolution, à être partagée entre les époux ou leurs représentants. Ce fonds commun constitue *la communauté*, et, bien que ce mot, dans la langue juridique, ait plusieurs autres sens, c'est là son acception normale. Le fonds commun peut d'ailleurs comporter plus ou moins d'extension : il peut comprendre soit la totalité des biens des époux, comme dans la communauté universelle, soit seulement une partie de ces biens, comme sous le régime légal, même se restreindre aux acquêts ; mais, en réalité, c'est toujours le même régime qui fonctionne : les pouvoirs du mari, les droits de la femme sur la masse commune sont les mêmes. Ceux des biens de chaque conjoint qui ne tombent

pas en communauté constituent le patrimoine propre à chaque époux. Aussi, dans un langage traditionnel, les textes et les interprètes distinguent-ils sous ce régime trois masses de biens : le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme et le fonds commun aux deux époux.

Or, quand on considère les époux, associés par le mariage, dans leur relation juridique avec cette masse commune, il faut se demander quelle est la nature de leurs droits, c'est-à-dire en définitive à qui appartiennent les biens communs. Et c'est ainsi que se pose le problème de la nature de la communauté.

Notre doctrine classique n'a aperçu que deux solutions possibles ¹. Certains auteurs ont soutenu que la communauté est une société douée d'une personnalité distincte de celle des époux, qu'elle est une personne morale, et que par suite c'est cet être fictif le propriétaire du fonds commun. D'autres disent, en sens inverse, que les époux sont copropriétaires

1. Nous négligeons ici un système depuis longtemps abandonné, qui cependant méritera de fixer plus loin notre attention, surtout à cause de son importance historique. Dans cette opinion, en présence des pouvoirs exorbitants que le Code civil attribue au mari sur les biens communs, on décide que celui-ci est propriétaire unique et absolu de la communauté ; on n'accorde à la femme qu'une simple expectative, un droit informe et éventuel, qui ne se préciserait qu'à la dissolution si elle accepte, et qui s'évanouirait si elle renonce.

par indivis, chacun pour moitié, des biens communs, dès le jour où ils tombent en communauté.

Mais la condition de toute masse sociale se ramène-t-elle nécessairement à l'une de ces deux conceptions ? Le fonds commun ne peut-il être que le patrimoine d'une personne fictive, ou l'objet d'une indivision par quote-parts comme dans la copropriété traditionnelle ?

En ces derniers temps est apparue une théorie nouvelle ou, plus exactement, inconnue jusqu'alors en France. « Je songe en ce moment, dit M. Saleilles à propos d'un ouvrage sur les biens communaux, à cette ingénieuse conception allemande de la propriété en main commune qui n'a de germanique que la construction dogmatique qui en a été faite, alors qu'au point de vue des faits et des réalités pratiques, elle n'est que la traduction, sous des expressions identiques, d'une forme de propriété qui se retrouve chez nous et dans notre histoire aussi bien qu'en pays allemand¹ ». Il s'agit ici de la « Gesamte Hand » ou « propriété en main commune » que l'on voudrait introduire dans notre droit, ou plutôt, au dire de ses partisans, qu'on y voudrait faire revivre.

1. SALEILLES, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 125.

Comment se caractérise cette conception ? Par quoi se différencie-t-elle de la personnalité morale et de la copropriété ordinaire ? Dans son *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, M. Saleilles en a dégagé les traits principaux, et c'est surtout grâce à ses travaux qu'on la connaît aujourd'hui en France¹.

Voici quelles en seraient les règles essentielles : Dans la « Gesamnte Hand » le patrimoine commun est constitué à l'état de patrimoine distinct, séparé, affecté à une entreprise spéciale, et est le gage exclusif des créanciers avec lesquels on a contracté en vue de cette entreprise à laquelle le patrimoine est affecté ; par suite encore, il sera impartageable tant que durera la société, et les coassociés n'auront pas le droit de demander le partage. C'est dire, en un mot, que la masse commune constitue une universalité juridique. Mais cette unité patrimoniale est à tous, et non à une personne morale distincte ; c'est la propriété de tous les communistes, et non d'un être fictif en dehors d'eux. Pourtant tous ces copropriétaires ont

1. SALEILLES, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, dans *Annales de Droit commercial*, années 1895 et 1897 ; voir spécialement, 1897, nos 56-70, pp. 35-49. Cf. également : FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, pp. 122-123 et 138-139 ; — VERDELLOT, *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*. Thèse, Paris, 1899, pp. 22 et ss.

les mains liées; ils ne peuvent agir valablement que *conjunctis manibus* (ou *communi manu*), c'est-à-dire en intervenant tous à l'acte. « Donc, si tous ces copropriétaires sont liés les uns vis-à-vis des autres, aucun ne peut plus seul disposer librement de sa part; de là l'absence du principe de libre disposition des parts indivises, tel qu'il avait été admis dans la copropriété du droit romain. De même, s'ils sont liés les uns vis-à-vis des autres, aucun ne peut se prévaloir, tant que dure l'indivision, d'une quote-part qui lui appartiendrait individuellement; de là... le rejet du principe de proportionnalité, ou du *principe de la division en quotes-part*... Dans la propriété en main commune, le droit individuel de chacun, tant que dure l'indivision, est censé abdiqué, oublié, aliéné si l'on préfère; il ne compte plus dans le patrimoine propre de chacun des ayants droit, à supposer qu'ils eussent encore un patrimoine propre; et voilà pourquoi aucun des communistes ne peut disposer de sa part ¹. » Notons enfin, ce qui est pour nous particulièrement intéressant, que, si à l'origine l'administration était nécessairement collective, des

1. SALEILLES, *op. cit.*, n° 57, p. 35. Voy. aussi MEYNIAL, *Caractère juridique de la communauté entre époux*, dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1903, t. 2, pp. 817-819.

tempéraments furent de bonne heure apportés à la règle ancienne : on en vint à l'administration par un seul qui représentait tous les autres, et même à un représentant légal et permanent qui est le chef de la communauté et l'organe unitaire de la collectivité ; mais, pour les actes qui ne rentrent pas dans les pouvoirs du gérant, la règle du concours de tous subsiste toujours.

On a voulu appliquer cette conception à la communauté entre époux¹. Celle-ci impliquerait donc un patrimoine séparé, une universalité juridique distincte des patrimoines des époux, mais non une personnalité particulière. Jusqu'au jour de la dissolution, elle se présenterait comme une masse de biens administrée par le mari avec de larges pouvoirs en qualité de chef, dont les deux conjoints seraient copropriétaires, mais sur laquelle aucun d'eux n'aurait de droit actuel de propriété partielle ; leur droit ne se préciserait, n'apparaîtrait déterminé en quotes-parts, qu'une fois la communauté dissoute.

En définitive, nous nous trouvons en présence de trois systèmes principaux sur la nature de la communauté : personnalité morale, propriété en main commune, indivision par quotes-

1. Cf. MASSE, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*. Thèse, Paris, 1902.

parts. Pourtant ces trois systèmes aboutissent, logiquement, à des conséquences différentes, et même, si on n'envisage que les deux théories traditionnelles, complètement opposées.

Normalement, en effet, la copropriété indivise par quotes-parts se manifeste surtout par les trois effets suivants : 1° droit au partage pour chacun des copropriétaires quand il le désirera ; 2° libre faculté pour chacun d'eux de disposer de sa part dans l'indivision quand et comme il le voudra, et sans avoir à attendre le partage ; 3° enfin, confusion complète entre la part indivise qui appartient à chacun et les objets qui constituent le reste de son patrimoine. D'où il résulte qu'il n'y a que des créanciers personnels des indivisaires (parmi lesquels les créanciers communs pour leur part), et que chaque copropriétaire pourra compenser sa dette envers un débiteur commun avec sa part dans la créance indivise contre ce dernier. Il en résultera encore, en vertu de l'article 883, que, le partage effectué, chacun sera censé avoir été seul propriétaire des objets mis dans son lot à dater du jour où ils sont entrés dans l'indivision.

Tout autres sont les conséquences de la personnalité des sociétés. Le patrimoine social, en effet, n'appartient pas aux associés : il forme une masse complètement séparée de leurs pa-

trimoines personnels, et dont la société, être moral, est seule propriétaire. Chaque associé n'a donc, tant que dure la société, qu'un droit de créance contre elle, par conséquent un droit mobilier même quand elle possède des immeubles. Et l'indivision ne commençant entre les associés qu'au jour de la dissolution, c'est seulement à cette époque que rétroagira le partage. On aboutit alors aux effets suivants : 1° Le fonds social est impartageable pendant toute la durée de la société. 2° Il est indisponible pour tous les associés qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entreprise, n'étant, au point de vue de la validité des actes qui s'y réfèrent, qu'à la disposition de l'organisme représentant la personne civile. 3° Les créanciers n'ayant un droit de gage général que sur les biens de leur débiteur, les créanciers personnels des associés n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la société, qui n'appartiennent pas à leur débiteur; les créanciers de la société auront donc, sur ces biens, un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des membres qui la composent. 4° Enfin, aucune compensation n'est possible entre ce qui est dû à la société par un tiers et ce qui est dû par ce tiers à un associé, et inversement ; car, pour qu'il y ait compensation légale, il faut que deux personnes soient respectivement créancières et débitrices l'une

de l'autre, et les associés ne sont pas, même pour leur part, créanciers des débiteurs sociaux.

Maintenant, si on se reporte aux explications que nous avons précédemment données sur la « Gesamnte Hand » et ses effets, il est sensible qu'elle aboutit à une situation presque identique à celle créée par la notion de personnalité. Toutefois sur un point, un seul d'ailleurs, elle s'en sépare, et même cette différence reste assez délicate à saisir. Voici en quoi elle consisterait : La personnalité civile suppose, par suite de la fiction d'un être distinct, l'existence d'une volonté indépendante de celle des associés ; cette volonté de la personne morale a besoin forcément d'une représentation constituée par un organisme spécial qui a seul qualité pour disposer du patrimoine social mais seulement dans la limite des pouvoirs qui lui ont été accordés par les statuts de la société ; de là il résulte que tout acte excédant ces pouvoirs ne peut être valablement réalisé, et cela d'une manière absolue. Dans la « Gesamnte Hand » au contraire, l'action commune est la règle ; ce sont tous les membres ensemble qui sont propriétaires, qui, en principe, comme dans l'indivision ordinaire, doivent agir en commun ; et si cependant il peut y avoir un gérant unique, ou plus exactement un chef de communauté, il ne faut pas oublier qu'ici la volonté dirigeante représente

les volontés de tous les communistes et non une volonté distincte. D'où cette conséquence que, dans la « *Gesammte Hand* », là où s'arrêtent les pouvoirs de ce gérant il faut retourner au droit commun de l'institution : le concours de tous rendra valable l'acte que le chef de communauté ne pouvait effectuer seul.

Le problème qui nous occupe semble donc devoir intéresser de nombreuses questions pratiques. Toutefois, en ce qui concerne la communauté, et au moins pendant toute la durée du mariage, son intérêt apparaît moins facilement, en raison de la réglementation minutieuse que le Code apporte à notre régime.

La loi, en effet, détermine elle-même le point de départ de la communauté, et énumère les seules causes qui puissent y mettre fin ; accorde à la femme, et à elle seule, le droit, dans certains cas, de demander la séparation de biens, c'est-à-dire le partage ; donne enfin des règles précises sur l'administration du patrimoine de communauté et l'effet des actes des époux : le mari aura des pouvoirs extrêmement larges sur le fonds commun, dont la femme, en principe, ne pourra aucunement disposer.

C'est ainsi encore que, durant le mariage, il n'y a pas d'intérêt à rechercher si les créanciers de la communauté doivent avoir sur les biens communs un droit de préférence à l'encontre

des créanciers personnels des conjoints. Il ne peut, en effet, se produire de conflit entre les deux classes de créanciers. Les créanciers de la femme ne pourront prétendre agir sur le fonds commun si leur créance a pris naissance sans le consentement du mari, car sans cette autorisation la femme ne peut obliger la communauté (art. 1426) ; si la dette a été contractée avec le consentement du mari, elle est dette de communauté (article 1409 -2°). Quant aux créanciers du mari, la question de concours entre eux et les créanciers communs ne peut se poser, en vertu de la confusion admise par le Code entre le patrimoine du mari et le fonds commun : toute dette du mari est dette de communauté, et réciproquement.

De même la question de compensation sera indépendante de la nature qu'on reconnaît à la communauté. Elle dépend, en effet, de la règle sur le droit de poursuite des créanciers, car, la compensation étant un paiement forcé, elle ne peut se produire au profit d'une personne qui ne pourrait pas exiger son paiement. Le mari peut donc, puisque ses dettes sont dettes de communauté, compenser avec les créances communes ; au contraire la femme ne peut pas compenser parce qu'elle ne peut disposer de l'actif commun.

La controverse sur la nature de la communauté pourrait présenter un grand intérêt (quant au sort des actes de disposition consommés par l'un ou l'autre des époux sur les biens communs) sur le point de savoir à quel moment remonte, en vertu de l'article 883, le droit de propriété de chaque conjoint sur les biens mis dans son lot. Mais le législateur ayant pris soin de déterminer d'une façon précise l'effet des actes de chacun des époux par rapport aux biens de la communauté, peu importe qu'ils soient réputés propriétaires des biens qui leur sont échus par le partage antérieurement à la dissolution, comme dans la « *Gesammte Hand* » ou la copropriété ordinaire, ou seulement depuis ce moment, ce qui sera le cas si la communauté est une personne civile. L'effet déclaratif du partage n'empêchera pas la femme d'être tenue de respecter, sur les biens mis dans son lot, les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs comme chef de la communauté. Toutefois l'article 883 reprendrait son importance si le mari avait dépassé cette limite, c'est-à-dire enfreint l'article 1422 qui lui interdit de faire certains actes à titre gratuit.

A supposer, par exemple, que le mari ait disposé entre vifs à titre gratuit d'un immeuble commun, ce que prohibe l'article 1422, quel sera le sort de cette libéralité ? Si la commu-

nauté a été pendant toute sa durée une personne morale, propriétaire de son patrimoine, pas de doute cette donation est nulle : le mari, en effet, n'a pu agir qu'en qualité d'administrateur et dans la mesure de ses pouvoirs, par suite il a disposé sans droit de la chose d'autrui. D'ailleurs, dans le système de la personnalité, la prohibition édictée par l'article 1422 serait absolue, et le concours de la femme à l'acte ne pourrait valider cette donation : pas plus que son mari elle n'est propriétaire des biens donnés, et son adhésion ne peut augmenter les pouvoirs d'administration qu'il tient de la loi. Avec les théories de la propriété en main commune et de la copropriété ordinaire on aboutit à des conséquences complètement différentes. Pendant le mariage ce sont les époux qui sont copropriétaires des biens communs, et non une personne fictive distincte d'eux ; par conséquent la propriété de chaque époux loti remontera au jour où chaque bien est entré dans la communauté. Il s'ensuit que, si le mari a fait une donation prohibée par l'article 1422, d'un immeuble commun par exemple, la validité de l'acte dépendra du résultat du partage. Inattaquable si cet immeuble est mis dans le lot du mari, qui sera censé en avoir été toujours propriétaire, la donation sera nulle s'il tombe dans

celui de la femme. Mais ici on peut admettre que l'intervention de la femme la validerait pleinement, quel que soit l'événement du partage, puisque la libéralité aurait été consentie par les deux propriétaires.

En somme, il faut le reconnaître, le problème de la nature juridique de la communauté ne présente d'intérêt, pendant le mariage, que dans quelques cas exceptionnels.

Après la dissolution de la communauté, au contraire, la question reprend une grande importance pratique. On pourrait, il est vrai, s'en étonner. La communauté dissoute, il semblerait qu'il n'y a pas à se préoccuper de la nature d'une institution qui vient de disparaître, qui n'existe plus. Mais, en réalité, on se heurte, pour la liquidation, à de graves difficultés que la loi positive n'a pas réglées, et qu'il faudra résoudre différemment, selon qu'on considère la communauté comme une indivision ordinaire, ou bien qu'on lui applique les règles de la personnalité civile ou de la « Gesamte Hand ».

En effet, dans la théorie de l'indivision, dès l'instant de la dissolution la part de chaque époux sur chaque objet de la communauté est immédiatement devenue un élément disponible de son patrimoine ; sur cette part chacun des conjoints (ou leurs représentants) a les mêmes droits et les mêmes pouvoirs.

Mais il en va autrement dans les deux autres systèmes. Sans doute il faut toujours décider que, du jour de la dissolution, les époux sont copropriétaires par indivis du fonds commun. Néanmoins l'être moral est censé se survivre à lui-même pour les besoins de la liquidation, et ce sont les règles de la « Gesamnte Hand » que l'on continue à appliquer pendant le même temps et dans les mêmes limites ; c'est-à-dire que, jusqu'au partage définitif (car ces deux conceptions vont désormais produire des effets absolument identiques), le patrimoine de communauté conserve, entre les patrimoines personnels des époux, son individualité et son affectation propres : ce sera seulement à la fin des opérations que la part de chacun sera de libre disposition entre ses mains.

Et la décision sur ce point est grosse de conséquences pratiques. Elle conduira, en effet, à accorder ou à refuser la séparation des patrimoines aux créanciers de la communauté ; à leur permettre de poursuivre leur paiement sur les immeubles communs sans avoir à demander et à attendre le partage, ou, au contraire, à leur opposer l'article 2205 qui interdit aux créanciers de saisir la part appartenant à leur débiteur dans des immeubles indivis. Enfin on admettra ou on rejettera l'application, en matière de liquidation de communauté, des articles 873 et 1220,

aux termes desquels les créances et les dettes d'une succession se divisent de plein droit en autant de parties distinctes qu'il y a de cointéressés ; et cela, entre autres effets, aura une importante répercussion sur une controverse célèbre qui, bien que tranchée en jurisprudence, continue encore en doctrine : quand les époux exercent leurs récompenses par voie de prélèvement, se paient-ils comme créanciers ou faut-il les considérer comme propriétaires ?

Telles sont les raisons pratiques de se préoccuper de la nature juridique de la communauté, de rechercher laquelle de ces trois conceptions, personnalité morale, indivision par quotes-parts propriété en main commune, en présente la généralisation la plus complète et la plus harmonieuse.—Mais il faut aussi se demander s'il est possible de rattacher logiquement toutes les règles de la communauté à un principe unique. D'après M. Meynial, « notre communauté reste une institution fort difficile à définir, très complexe, toute de nuances et de contradictions où se rencontrent et se tempèrent bien des systèmes opposés, sans qu'aucun puisse avoir la prétention de suffire à lui tout seul à en rendre raison ¹ ». Ne serait-ce pas là, toute négative

1. MEYNIAL, *op. cit.*, p. 812.

qu'elle est, la solution du problème la plus conforme à la réalité des faits et la mieux adaptée aux exigences de la vie sociale? C'est ce que nous nous proposons d'examiner ici.

Mais avant d'aborder l'étude de notre droit civil moderne, il nous semble nécessaire, dans une première partie, d'étudier la question au point de vue historique. Dans tout notre Code il n'est pas d'institution où la tradition se soit conservée ainsi intacte que dans notre régime en communauté; et, si l'on veut rechercher la nature de la communauté, en pénétrer l'esprit pour en interpréter sainement les règles, il nous paraît indispensable de préciser quelles tendances, quels besoins lui ont donné naissance, d'examiner aussi comment la question s'est posée pour nos anciens auteurs et comment ils l'ont résolue.

Nous aurons donc deux divisions principales:

PREMIÈRE PARTIE : *La communauté dans l'ancien droit français.*

DEUXIÈME PARTIE : *La communauté dans le code civil.*



PREMIÈRE PARTIE

La communauté dans l'ancien droit français.

Nous nous proposons, dans les pages qui vont suivre, gardant le Code civil à notre horizon, d'examiner dans leur ensemble et d'une façon méthodique, les arguments que certains auteurs modernes ont cru trouver dans la tradition historique pour résoudre le problème de la nature de la communauté entre époux.

Est-il exact que, soit comme institution distincte, soit comme simple ramification d'une coutume juridique plus générale (nos anciennes communautés taisibles), elle ait été apportée en Gaule par les Germains ? On serait alors tenté d'en conclure qu'elle a dû conserver, jusque dans notre Code, le caractère d'une société obéissant, de par son origine, aux règles

de la « *Gesammte Hand* » germanique. Et nous sommes ainsi amené à étudier tout d'abord les origines de la communauté.

Aussi bien, il est peut-être possible de démêler dans les mœurs qui lui ont donné naissance, dans les influences qui ont présidé à son organisation et à son développement, des tendances à réaliser une véritable association quant aux biens entre les époux, ou au contraire à concentrer tous les droits aux mains du mari. On a, en effet, soutenu que, dans le droit coutumier, le fonds commun était, pendant toute la durée du mariage, la propriété exclusive du mari; et on en a conclu que les rédacteurs du Code civil, qui n'ont presque rien innové en notre matière, avaient par cela même consacré ce système. Il n'y aurait alors que le mari en face de la masse commune; donc pas de propriété collective, et partant nulle raison d'en tenter la construction juridique. — C'est le second point qu'il nous faudra examiner.

Enfin, dans un appendice, nous passerons en revue, brièvement, les projets relatifs à la communauté entre époux qui ont été présentés aux diverses assemblées législatives de la période révolutionnaire.

Donc, cette première partie comportera trois subdivisions.

CHAPITRE I^{er}. — *Les origines de la communauté.*

CHAPITRE II. — *De la nature juridique de la communauté dans le droit coutumier.*

APPENDICE. — *Les projets de la Révolution sur la communauté.*

CHAPITRE I^{er}

LES ORIGINES DE LA COMMUNAUTÉ

« Quand il s'agit de coutumes qui se sont formées obscurément, leur acte de naissance n'est pas dressé sur feuille authentique, pour la commodité de l'histoire ¹ ». Aussi n'est-il pas de problème plus discuté que celui des origines de la communauté. La pénurie des renseignements historiques pour l'époque où elle a dû se développer, l'absence de documents décisifs rendent la question fort obscure, et il est malaisé d'appuyer une opinion sur des textes suffisamment explicites. D'où la diversité des systèmes qui ont été proposés.

D'après une théorie ancienne déjà soutenue par Guy Coquille ² et Renusson ³, et qui fut suivie par les orateurs du Tribunat sur ce titre du Code civil, notre régime légal aurait sa

1. Ch. LEFEBVRE, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français : Le droit des gens mariés* (1^{er} fascicule) Paris, 1906, page 103.

2. *Cout. du Nivernais* sur art. 2, chap. XXIII.

3. *Traité de la communauté*, chap. 1.

source dans les institutions matrimoniales des Gaulois. Nous sommes, a-t-on dit, les héritiers de leur caractère et de leurs mœurs. Et, s'il est vrai que rien ne se peut rattacher aux mœurs plus étroitement que l'organisation de la famille, il faut rechercher dans les habitudes celtiques le point de départ de la communauté.

On a voulu d'ailleurs en trouver la preuve dans un passage des Commentaires de César. L'argument, plus sérieux, mérite qu'on s'y arrête. Voici ce que dit ce texte : « A ce qu'ils ont reçu de leurs femmes comme dot, les maris ajoutent, prélevée sur leurs biens après estimation, une valeur égale pour former du tout une masse commune. On tient un compte de toute cette masse et les fruits en sont conservés ; le survivant des époux recueillera la part de tous deux avec les fruits antérieurs. » ¹

Malgré des analogies séduisantes à première vue avec les dispositions de l'article 1525 du Code civil, il semble difficile de trouver dans ce passage une idée de communauté. La mise en commun ne peut porter que sur une fraction minime de la fortune des époux. La preuve en est qu'elle fait l'objet d'un compte à part et que l'on en conserve intégralement les revenus. Avec quoi, en effet, vivraient les époux ?

1. CÉSAR, *De Bello gallico*, Comment., VI, XIX.

Evidemment avec leurs autres biens. Mais pour ces biens, pour leurs revenus, pour les acquisitions du ménage, on ne voit pas qu'il soit question de communauté.

On ne peut donc trouver dans l'usage indiqué par César que l'habitude de constituer au ménage une sorte de réserve d'épargne devant revenir au survivant, c'est-à-dire, en réalité, un simple gain de survie. Au demeurant cette combinaison reste peu intelligible : son fonctionnement, surtout ses garanties nous échappent.

Elle n'a pas dû d'ailleurs survivre bien longtemps à la conquête romaine. On sait avec quelle rapidité, pour ne pas dire quel empressement, les Gaulois adoptèrent la langue, les mœurs et les institutions de leurs vainqueurs. Le passage des Commentaires est le seul texte où il soit fait mention de cette coutume celtique, et c'est la seule qui soit parvenue jusqu'à nous. A partir des Antonins, au II^e siècle, Droit public et Droit privé, tout est devenu romain.

Il ne faudrait cependant pas conclure de là qu'il faille rechercher l'origine de la communauté dans les habitudes romaines.

Certains de nos anciens auteurs, notamment Laurière ¹ et Bouhier ² ont néanmoins sou-

1. *Coutume de Paris*, t. II, tit. x, p. 185.

2. *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. I, page 175.

tenu cette opinion. Il n'y avait là qu'une application particulière de leur théorie de l'universalité du droit romain comme droit commun. Déjà combattu dès leur époque, ce système est depuis longtemps abandonné.

Ils invoquaient à l'appui les définitions du mariage données par les jurisconsultes romains: « *Consortium omnis vitæ* » et « *Communicatio divini et humani juris* ». On citait surtout un fragment de Scævola (*Dig.*, liv. XXXIV, tit. 1, fr. 16, § 3) où il est question d'un homme « *qui societatem omnium bonorum cum conjuge sua per annos amplius quadraginta habuit.* »

Mais les institutions matrimoniales de Rome nous sont parfaitement connues. Elles sont loin, à aucun moment, d'impliquer une idée d'association entre les époux, et par suite de communauté. C'est au contraire, une fois la *manus* disparue, la pleine indépendance des personnes dans le mariage ; la séparation des fortunes et des intérêts. C'est, en un mot, le régime dotal : le mari, longtemps propriétaire absolu de la dot, toujours profitant seul des économies et des acquisitions par lui réalisées ; la femme disposant librement de ses parapher-naux. — Quant à cette pratique de la société entre époux, nous connaissons assez, par une multitude de textes, les mœurs des Romains, leur individualisme, pour être sûrs qu'elle devait être

rare. Il n'y avait là d'ailleurs qu'une application du contrat ordinaire de société, nulle disposition ne la prohibant entre personnes unies par le mariage.

Aussi, dans un système aujourd'hui très accrédité, non seulement en Allemagne où il est universellement adopté, peut-être par un sentiment de chauvinisme un peu exagéré, mais aussi en France, on voit les vraies sources de la communauté conjugale dans la tradition germanique

Mais qu'entend-on par là ? On ne veut pas dire seulement que les habitudes germaniques ont été un élément des origines de notre institution matrimoniale. Cela nous l'admettons volontiers, pour une part que bientôt nous déterminerons. On prétend, en faisant abstraction de toute autre influence, que la communauté n'aurait été que le développement de coutumes juridiques déjà existantes et bien apparentes chez les Germains, et notamment chez les Germains passés en Gaule : les Francs. Apportées d'outre-Rhin, conservées par eux en vertu du système de la personnalité des lois, ces coutumes auraient été d'abord pour eux-mêmes traduites dans leurs lois ; puis, propagées par la force même de la conquête, elles auraient gagné leurs sujets gallo-romains.

Sans doute, au V^e siècle, les Germains, conquérants de la Gaule, ont définitivement renversé toute domination romaine ; la civilisation recule, les institutions juridiques de Rome s'obscurcissent. Est-ce à dire qu'un fonds de coutumes barbares ait pu passer en Gaule, tel qu'il pouvait exister sur les bords du Rhin au moment des invasions, pour continuer de s'y développer en dehors de toute influence étrangère ? Que savons-nous d'ailleurs du droit des Germains avant leur établissement dans la Gaule romaine ?

Avant les invasions, à part quelques lignes de César, nous n'avons guère sur les Germains que l'ouvrage de Tacite : « *De moribus Germanorum* ». C'est là, en réalité, une source de renseignements peu sûre. L'auteur s'y révèle plus moraliste qu'historien ; préoccupé de la dissolution des mœurs romaines, il a sans doute vu les mœurs germaniques plus belles et plus parfaites qu'elles n'étaient communément. Encore moins écrit-il en jurisconsulte. Sur les questions vraiment juridiques on ne saurait trouver chez lui d'observations précises et décisives. Peut-être même, chez les Germains de son époque, était-il malaisé de distinguer quelques éléments de coutumes juridiques : le droit ne s'était pas encore dégagé des mœurs, il restait à l'état de tendances, sans portée générale et sans sanction.

Après les invasions, au contraire, les documents abondent : les récits des historiens du temps, tel Grégoire de Tours, les formules et les chartes, et surtout les rédactions des lois barbares. Mais les institutions matrimoniales qui s'y révèlent peuvent-elles être légitimement considérées comme des coutumes purement germaniques, sans altérations essentielles ? Comment l'admettre, si on considère que tous ces documents sont écrits en langue latine ? Il y a dans ce changement de langue la preuve d'un changement de mœurs que nous connaissons, et d'une façon certaine, par ailleurs. Il n'en pouvait être autrement. Au contact des Gallo-Romains, les Germains, auparavant étrangers à la propriété individuelle, de mœurs simples et patriarcales, vont, conquérants de vastes domaines et riches d'un immense butin, adopter, au moins quant au régime des biens, les principes juridiques des vaincus. Enfin, il nous faut surtout noter leur adhésion enthousiaste au christianisme, dont la direction s'affirmera avec tant de force pendant tout le moyen-âge ¹.

Donc, changeant de religion, de langue,

1. V. CH. LEFEBVRE, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1900, pages 314 et ss, et surtout 16^e et 17^e cours, pp. 395 et ss.

de genre de vie, il est impossible de croire que, passés en Gaule, ils aient pu conserver et imposer comme institutions juridiques beaucoup de leurs coutumes antérieures. Ainsi, dans sa base même et comme thèse générale, le système que nous examinons nous paraît tout au moins excessif.

Voyons maintenant comment on raisonne pour établir que, tout particulièrement, la communauté a une origine purement germanique.

On invoque d'abord et surtout le titre 37 de la loi Ripuaire, intitulé « *De dotibus mulierum* », qui règle les droits pécuniaires de l'épouse. On y lit au § 2 : « *Si autem per seriem scripturam ei nihil contulerit, si mulier virum supervixerit, 50 solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul collaboraverant, sibi studeat evendicare ; et quidquid ei in morgangeba traditum fuerat, similiter faciat.* » Donc, si le mari n'a rien donné comme dot à sa femme, celle-ci aura droit à cinquante sous d'or et au tiers de tout ce qu'ils auront acquis ensemble pendant le mariage. Sans doute, c'est plus encore un droit de survie pour la femme (*si mulier virum supervixerit*) qu'une véritable communauté d'acquêts, impliquant pour elle un droit actuel et transmissible à ses héritiers. Cependant, il faut le reconnaître, il y a bien là un prélude de la

communauté, amorce d'une société conjugale plus complète ¹.

Mais doit-on y voir une coutume primitive des Germains ? Nous avons, par avance, donné les très fortes raisons qu'il y a d'être réservé dans une pareille affirmation. Elles se renforcent ici de cette considération que la loi Ripuaire semble être une loi d'une portée générale, non pas seulement faite pour les Francs, mais contenant le véritable droit communal de l'époque et applicable également aux Gallo-Romains. Il faut surtout remarquer qu'elle est la dernière en date des lois barbares (vers 590), et on ne trouve nulle trace d'une pareille institution dans aucune des lois antérieures, ni dans la *lex barbara Wisigothorum* (rédigée pour la première fois vers 470), ni dans la loi des Burgondes (vers 500), non plus que dans la loi Salique (écrite entre 486 et 496).

On prétend, il est vrai, que la communauté serait le développement logique du *mundium*. Il faut admettre tout d'abord l'existence juridique de ce *mundium* ; elle est loin d'être démontrée. Admettons-la cependant. Par suite du

1. On ne voit pas encore, en effet, que les meubles et les dettes antérieures au mariage soient réputés communs, et pourtant c'est là un trait caractéristique de la communauté entre époux, non seulement dans le Code civil, mais telle qu'elle nous apparaît au XIII^e siècle dans Beaumanoir.

mundium et de l'incapacité de la femme qui en résulte, le mari seul vend les meubles de la femme, administre ses immeubles et en perçoit les fruits. Il faut donc, dit-on, indemniser la femme, et c'est dans ce but qu'on organisera la communauté. — La conséquence n'est ni naturelle ni logique; car, de l'effacement complet de la femme, on veut faire naître une personnalité de la femme avec un droit égal à celui du mari¹. C'est là, en réalité, une opinion insoutenable.

Aussi a-t-on modifié cette explication. Il faudrait chercher l'origine de notre communauté dans un principe juridique qui, de très bonne heure, aurait transformé cette situation originaire des époux dans le mariage avec *mundium* en un régime d'association sur un pied d'égalité.

Cette donnée juridique ne serait autre que la « *Gesammte Hand* » ou *propriété en main commune*, fondée sur le lien personnel et la cohabitation des communistes, et organisée de telle sorte que ceux-ci ne pouvaient disposer du patrimoine commun, sur lequel aucun d'eux n'avait de droit de propriété partielle, sans une action commune figurée « *conjunctis manibus* ».

1. M. DEBRAY, *La Famille dans notre ancien droit privé*, chap. II, sect. IV. Cours pour le doctorat professé à la Faculté de droit de Caen, année 1903-1904.

Et cette forme de propriété, qui sans doute n'a été systématisée que dans les dernières années du XIX^e siècle, aurait été pratiquée dans tout le monde germanique, dès avant les invasions, d'une façon inconsciente et pour ainsi dire instinctive. Elle serait, en effet, la représentation dans le domaine du droit, la traduction juridique de cet esprit d'association naturel aux Germains, au témoignage même de Tacite. Sous l'influence de ces tendances collectives elle aurait été de très bonne heure réalisée dans le régime pécuniaire des époux germains, modifiant ainsi profondément les effets du *mundium*. N'est-ce pas en effet entre mari et femme que l'idée d'association devait plus particulièrement s'imposer ? Et ainsi la « *Gesammte Hand* » serait le point de départ de la communauté entre époux, le principe qu'elle se serait efforcée de réaliser dans ses transformations successives.

Sans vouloir préjuger ici de la valeur juridique de la « *Gesammte Hand* », on ne peut voir dans le système que nous venons d'exposer qu'une pure conjecture, au surplus quelque peu confuse et tout à fait invraisemblable. De toute évidence, la naissance et la vie de notre institution a été déterminée par autre chose que par le souci théorique d'une conception abstraite, qui d'ailleurs n'a jamais été systé-

matisée pendant les six ou sept siècles qui auraient été sous sa dépendance.

La « *Gesammte Hand* », cependant, existe à n'en pas douter dans le Miroir de Saxe et dans le Miroir de Souabe, qui présentent les biens et acquisitions des époux comme unis pour la durée du mariage dans une masse unique et indissoluble. Mais ces documents sont bien postérieurs (XIII^e siècle) à la loi Ripuaire où nous avons pu constater le prélude évident de notre communauté. Ce qu'il faudrait d'ailleurs établir, c'est que la « *Gesammte Hand* » était pratiquée, au moment même des invasions, par les Germains qui se sont installés en Gaule. Or dans aucune de leurs lois on ne trouve trace d'époux, même de parents, agissant ou déclarant agir « *communi manu* » ou « *conjunctis manibus* ».

Certaines expressions, il est vrai, de la loi Ripuaire pourraient faire illusion. Nous y avons lu au titre 37 § 2 que, si le mari n'a rien assigné comme dot à sa femme, celle-ci aura droit, en cas de survie, au tiers de ce que les deux époux auront acquis en commun, « *quam simul collaboraverant* » ; et le paragraphe 3 dispose qu'elle ne pourra rien réclamer de ce qu'ils ont consommé ensemble, « *si simul consumpserint* ». Ne faut-il pas voir dans ce concours des époux pour acquérir ou disposer,

dans cette *collaboratio*, le principe même de la « Gesamnte Hand » ?

Tout d'abord, cette action commune des époux n'implique pas nécessairement, comme dans l'hypothèse germanique, l'existence d'un fonds commun appartenant à l'association conjugale. Nulle part il n'en est question. Ne peut-on pas plutôt supposer que le mari et la femme devaient maintes fois concourir pour acheter quelque domaine de leurs deniers propres, placer ou prêter leurs fonds personnels, même faire ensemble quelque libéralité ; que des dons ou des legs pouvaient leur être faits conjointement ?

Au surplus, la *collaboratio*, en tant que coutume juridique usuelle, ne se rencontre dans aucune loi germanique avant le texte de la loi Ripuaire qui date seulement de la fin du VI^e siècle, et qui, sur ce point, ne sera pas suivie par les lois ultérieures. Et nous avons déjà noté que cette loi apparaissait comme ayant une portée générale, s'appliquant dans tout le royaume des Francs Ripuaires aussi bien aux Barbares qu'aux Gallo-Romains. S'il est admissible que les tendances collectives des Germains aient favorisé la fréquence et le développement de la *collaboratio* entre époux, il est fort presumable qu'elle était déjà pratiquée par les ménages gallo-romains avant même les inva-

sions, non à titre de régime conjugal, mais comme un contrat de société entre étrangers s'unissant pour une opération déterminée. L'influence chrétienne¹, en rendant l'union conjugale plus durable, plus intime aussi et plus confiante, avait déjà sensiblement ébranlé l'institution conjugale du droit romain classique ; le sénatus-consulte Velléien était tombé en désuétude, et il est permis de penser que le concours pécuniaire entre conjoints, ne rencontrant plus d'obstacles, avait dû paraître bientôt plus conforme à la nature des choses.

Il est donc impossible de voir dans la *collaboratio* un indice de la conception toute germanique de la « Gesamte Hand ». Bien plus, les renseignements que nous trouvons sur le régime pécuniaire des époux germains dans les *lois barbares*, telles qu'elles furent rédigées au lendemain des invasions, du VI^e au VIII^e siècle, excluent toute idée de *propriété en main commune*, même de simple *collaboratio*. Et il en est ainsi non seulement dans la loi des Burgondes et dans la loi des Wisigoths, mais encore dans la loi des Francs Saliens, rédigée environ cent ans avant la loi Ripuaire, et même dans les

1. Cette influence de la direction chrétienne sur la marche de notre droit matrimonial pendant le moyen âge a été nettement dégagée et parfaitement mise en lumière par M. Lefebvre dans ses deux ouvrages précités.

lois qu'on s'accorde à considérer comme les plus foncièrement germaniques : celles des Alamans et des Bavares. Loin qu'on y puisse constater l'existence d'un patrimoine commun entre époux associés, il semble plutôt que la donnée première est celle des avoirs conjugaux demeurant distincts ; et il apparaît clairement que le mari, seul à faire des acquisitions, les garde pour lui seul. N'est-ce pas là, à proprement parler, juste le contre-pied de la notion de « *Gesammte Hand* » ?

Abusés par certaines analogies indéniables entre la communauté conjugale dans son organisation primitive et nos anciennes communautés taises, quelques auteurs modernes ont cru trouver l'origine de notre régime matrimonial dans cette forme de société, particulière, à l'époque féodale, aux « vilains et gens de poeste ».

« Une famille groupée sous l'hégémonie du père, dit M. Viollet, ne se disperse pas toujours à sa mort : les fils habitués à la vie commune demeurent en communauté. C'est un état de fait qui se perpétue. Ces communautés de fait, nées spontanément, s'appelaient dans notre ancien droit communautés taises. Plusieurs coutumes les réduisaient aux acquêts et aux meubles, mais on peut affirmer qu'elles embrassèrent tout d'abord l'universalité des biens. —

Au XIII^e siècle, la communauté taisible existait chez nous (constamment entre vilains, quelque fois entre nobles¹) par suite de la cohabitation pendant l'an et jour : les personnes qui cohabitaient, même non parentes, se trouvaient communes en biens par le fait seul de cette cohabitation prolongée pendant un an². » A plus forte raison, dit-on, cette société dut-elle recevoir son application entre époux.

Il faut bien avouer que tel semble être le sentiment des plus considérables parmi nos vieux auteurs. Au dire de Guy Coquille, « la coutume établit quatre formes de communautés tacites : l'une d'entre mari et femme...³ » Et Lebrun nous affirme que dans la plupart des coutumes, entre le mari et la femme, « c'est le cas d'une autre communauté expresse ou tacite, qui s'appelle la conjugale⁴ ». Enfin Pothier nous parle d'un antique usage « qui établissait une communauté taisible... surtout entre conjoints et affins⁵ », et ailleurs : « suivant l'ancien droit français, la simple cohabitation produisait une société taisible entre ceux qui avaient habité ensemble par an et

1. *Coutume de Troyes*, art. 101.

2. VIOLLET, *Histoire du droit privé civil français*, 3^e édit., p. 751.

3. GUY-COQUILLE, *Quest.* CXXV.

4. *Traité des sociétés tacites*, p. 19.

5. *Cout. d'Orléans*, tit. XI, introduct. 2.

jour : à plus forte raison entre mari et femme¹. » Remarquons tout d'abord que pour Pothier lui-même il y a plutôt là une simple conjecture. Il est d'ailleurs permis de penser que ces jurisconsultes n'ont pas dû se montrer historiens bien avertis ; ils écrivaient à une époque où la communauté conjugale avait été déjà sensiblement déformée par le droit romain et où l'ancienne communauté taisible avait presque complètement disparu².

Il est certain qu'on a exagéré les ressemblances qui existaient originairement entre ces deux institutions. Sans doute la composition du patrimoine commun est la même. Et on a observé aussi que certaines coutumes ne faisaient commencer la communauté entre époux qu'au bout de l'an et jour. Mais ces coutumes étaient peu nombreuses (en tout, neuf), et encore est-il que, parmi celles-ci, les coutumes de Chartres, de Châteauneuf et de Dreux ne connaissaient pas les communautés taisibles entre gens non mariés.

D'ailleurs, Beaumanoir distingue nettement

1. *Traité de la Communauté*, p. 57.

2. L'ordonnance de Moulins (1566), en exigeant la preuve écrite pour toute convention excédant un intérêt de 100 livres, devait porter le coup de grâce aux communautés taisibles, depuis longtemps déjà en désuétude. Au XVI^e siècle cette institution ne subsiste plus guère que dans la communauté continuée.

la compagnie formée entre époux « par vertu de mariage ¹ » de la communauté « par seulement manoir ensemble à un pain et à un pot pendant un an et un jour ² », usitée surtout par les serfs afin d'échapper à la mainmorte seigneuriale (la part du membre décédé, au moins à l'origine, allait aux survivants par droit d'accroissement, et non par droit de succession). Ces gens vivant en commun peuvent au surplus éviter la communauté, désigner librement le chef ou en changer ; chacun des membres a le droit de demander le partage ³. Au contraire, pour Beaumanoir la communauté entre époux s'impose de droit « par vertu de mariage », est indissoluble comme lui, et a nécessairement pour chef le mari. Même il déclare formellement qu'elle s'établit dès le jour du mariage, et non au bout de l'an et jour : « *Chacun sait, dit-il au chapitre XXI, n° 622, que compagnie se fait par mariage ; car sitôt comme mariage est fes, li bien de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage. Mais voire que tout comme ils vivent ensemble li homs en est mainburnissière.* » Enfin, ce pouvoir du mari sur les meubles communs, appelé tantôt, comme ici, *mainbournie*, tantôt *bail*,

1. *Cout. de Beauvoisis*, chap. 21 : *Des compagnies*, n° 622.

2. *Eod. loc.*, n° 625.

3. *BEAUMANOIR, op. cit.*, XXI, 5.

était fort différent du pouvoir de chef de communauté ; c'était moins, par essence, un droit portant directement sur les biens communs, qu'un prolongement sur ces biens de la puissance maritale, et plus exactement de la suprématie de fait du mari sur la personne de sa femme, survivance du *mundium* germanique (*mundium*, *mundeburdium* : *mainbournie*).

Notons enfin que, si la communauté conjugale était vraiment sortie de ces communautés taisibles, elle n'aurait pu s'en différencier et apparaître distincte que dans le cours du XI^e siècle. A cette époque seulement on commence à reconnaître quelques droits aux serfs et à consacrer leur union comme un vrai mariage, ce qui est bien la raison nécessaire pour que la communauté taisible se transforme en véritable régime matrimonial. Or la communauté entre époux, déjà en germe dans la loi Ripuaire, plus nettement indiquée dans un Capitulaire de 821 (partage des conquêts par moitié), est rappelée comme traditionnelle au XI^e siècle dans certaines chartes de communes, et affirmée comme immémoriale par Beaumanoir au XIII^e siècle.

Cette opinion serait d'ailleurs aujourd'hui abandonnée, si, en ces derniers temps, on ne l'avait reprise dans les explications historiques présentées sur la « *Gesammte Hand* ». Certains

auteurs allemands voient dans la communauté taisible la réalisation la plus parfaite de la *propriété en main commune* ; peut-être pour l'excellente raison que les interprètes modernes ne sont parvenus à cette notion abstraite qu'en systématisant purement et simplement la réglementation coutumière de ces sociétés familiales, qui se rencontrent, presque identiques, en Allemagne à la même époque (XIII^e siècle). Et on a soutenu que la communauté conjugale, s'étant pendant longtemps confondue avec elles, devait à cette origine, malgré l'influence postérieure du droit romain, de n'être jusque dans notre Code civil qu'une application de ce principe germanique. C'est à peine une variante du système que nous avons déjà réfuté¹, et sur lequel il nous paraît inutile de revenir, maintenant que nous avons précisé les différences essentielles qui séparent nettement les deux institutions. Observons cependant que nous n'avons aucune donnée sur cette coutume des compagnies familiales pour l'époque mérovingienne. Car, si les communautés entre cohéritiers sont organisées par la loi des Lombards passés en Italie, loi rédigée en 643 par leur roi Rotharis, nous n'en trouvons pas d'autres traces dans aucune des lois écrites bien antérieu-

1. Voir *supra*, p. 33 et ss.

rement par les Germains établis en Gaule. Dès lors il semble bien que la communauté taisible n'était qu'une société ordinaire, s'établissant, sur une simple présomption, entre gens ayant vécu ensemble pendant l'an et jour.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que les sociétés taisibles ont donné quelques traits à notre régime matrimonial ¹. La communauté continuait de plein droit, après la mort de l'un des époux, entre le survivant et les enfants nés du mariage, à moins qu'il n'y eût inventaire et partage ; même, si l'époux survivant se remarrait, la communauté continuait encore avec le nouveau conjoint et était dite *tripartite*. Et il est remarquable que cette prolongation, dans toutes les coutumes, n'avait lieu qu'entre roturiers. — De même, il est vraisemblable que la mise en commun des meubles et des dettes antérieures au mariage ne s'est introduite dans le régime pécuniaire des époux qu'à l'imitation de ce qui se passait dans les sociétés taisibles. On n'en trouve, en effet, aucune trace dans les documents antérieurs à l'époque féodale ; elle apparaît complètement établie en coutume juridique dans Beaumanoir, sans qu'il soit possible de préciser quand elle a pris naissance.

1. M. Debray, à son cours.

Il nous reste maintenant à indiquer brièvement, quant aux origines de la communauté, l'opinion qui nous semble le plus près de la vérité historique.

L'existence de la communauté nous est affirmée vers l'an 900 par des chartes contenues au Cartulaire de Cluny. On y trouve des conventions matrimoniales qui donnent un droit à la femme sur une partie des acquisitions faites par le mari : « *Propter ea*, dit celui-ci, *cedo tibi tertiam partem omnium rerum quas acquirere potuero*. »¹. Il ne s'agit plus seulement, à cette époque, du simple droit de survie accordé à la veuve par la loi Ripuaire ; la communauté nous apparaît nettement distincte de la *collaboratio primitiva* et de l'indivision ordinaire qui était sa conséquence normale. Notons, en effet, que le mari dit « *cedo* » et « *potuero* » : ainsi il concède à sa femme un droit actuel et transmissible sur tous les biens qu'il pourra acquérir *seul*. C'est bien là un trait caractéristique de notre régime légal moderne. Donc la communauté conventionnelle existe certainement au début du X^e siècle.

Ses origines semblent avoir été, dès le VI^e siècle, dans le gain de survie, tel qu'il est réglé pour la première fois par le titre 37 de la loi des Francs Ripuaires.

1. Cité par M. Debray à son cours.

Dans les rares documents de l'époque barbare que nous possédons pour la France, il n'est guère parlé que des biens que le mari apporte au moment du mariage et des droits qu'il accorde à sa femme sur eux. Des biens personnels de celle-ci, il n'est pas question. Peut-être qu'elle ne possédait habituellement que ceux à son usage personnel, comme ses bijoux ou ses vêtements, dont elle disposait à son gré. Il est sensible que c'est avant tout de fixer son sort, si elle reste veuve, qu'on s'est préoccupé. Les acquêts de la femme, en effet, sont rares ; ceux du mari sont fréquents. Elle travaille peu ; par succession, exclue de la terre, elle recueille seulement des meubles ; soumise *en fait* à la suprématie du mari, celui-ci *en fait* se comporte sur ces biens mobiliers comme un propriétaire. C'est à cette situation que s'est intéressée l'Eglise en exigeant la constitution du douaire avant la bénédiction nuptiale ; et ce droit d'usufruit reconnu à la femme sur les propres de son mari va lui permettre d'exiger qu'on demande son consentement pour l'aliénation de ces biens. De là ces nombreux actes d'aliénation conjointe qu'on rencontre dès cette époque. C'est aussi dans cette vue que le texte Ripuaire reconnaît à la femme un droit au tiers des conquêts faits pendant le mariage ; mais il spécifie que ces acquisitions doivent avoir été

faites par les deux époux ensemble. Ainsi, la *collaboratio*, consacrée dans ses effets juridiques, nous apparaît comme un usage constant parmi les gens mariés.

Cependant, à l'origine, la femme n'intervenait pas à l'acte parce que sa présence ou sa signature étaient juridiquement nécessaires, mais en sa qualité de compagne. L'union des époux quant aux biens est d'abord une communauté d'action. Agissant toujours en commun ils en prirent l'habitude, et bientôt la femme fut réputée présente alors même que sa présence réelle faisait défaut. De cette collaboration juridique on finit par faire une véritable association juridique ¹. Et au IX^e siècle, la femme, en sa qualité d'associée, participera aux acquisitions faites par le mari seul.

Mais sous quelles influences ces habitudes matrimoniales, inconnues du droit romain, ignorées des Germains avant les invasions, se sont-elles introduites dans notre ancien droit ? « Notre communauté conjugale, dit M. Lefebvre ², à la bien envisager dans ses traits essentiels, doit être considérée comme une coutume qui s'est formée lentement sur notre terre française, à partir des invasions et du triomphe des

1. M. Debray, à son cours.

2. *Le droit des gens mariés*, p. 222.

Francs, mais sous la direction chrétienne du mariage acceptée et suivie par la société gallo-franque tout entière. Après qu'un premier élan généreux, appuyé sur des habitudes nouvelles de *collaboratio*, eut d'abord associé dans le tiers des conquêtes l'épouse survivante, une poussée constante et plus forte des sentiments chrétiens d'union conjugale amena dans ce monde renouvelé du moyen âge, une coutume grandissante de communauté plus franche et plus large. Nulle autre explication n'en rend aussi bien compte, si l'on se rappelle qu'au même temps le lien du mariage était par l'Eglise rendu indissoluble ». Toutefois la tradition germanique n'a pas été sans influence sur le développement de notre institution. Pour s'en convaincre il suffit de remarquer qu'elle n'a prévalu qu'au Nord et à l'Est, dans les contrées de meilleure heure et plus particulièrement occupées par les Francs. Sans aucun doute il s'est rencontré dans leurs mœurs des tendances particulières vers cette intimité plus grande du ménage, vers cette appréciation plus naturelle du rôle et des droits de la femme, qui leur firent accepter avec enthousiasme la direction chrétienne. Ne formulait-elle pas, en effet, des inspirations analogues et en préceptes nettement dégagés dans ces paroles mêmes de la Genèse : « *Erunt duo in carne una* » et « *Vir est caput*

mulieris », si souvent répétées en tête des conventions matrimoniales du moyen âge ?

Ainsi la tradition germanique a préparé le terrain. Mais elle l'a seulement préparé, car aucun texte, même aucun indice ne permet, nous l'avons vu, de supposer que la communauté entre époux ait été pratiquée au delà du Rhin à la veille des invasions.

Encore moins, et nous soulignons cette conclusion, y rencontrerait-on la conception juridique de la « *Gesammte Hand* », nous ne disons pas, bien entendu, organisée en théorie, mais même inconsciemment réalisée dans les faits. Donc il est évident que ce n'est pas ce principe germanique qui, au cours de son évolution à travers les siècles, a commandé la marche de notre communauté.

CHAPITRE II

DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTÉ DANS LE DROIT COUTUMIER

Alors que la science juridique moderne tend, et il y a peut-être là un abus¹, à ramener les règles de chaque institution à une notion générale, à un principe unique d'où elles pourraient ensuite découler logiquement, nos anciens auteurs n'ont pas eu, à un degré égal, le même souci. D'ailleurs, avant la Renaissance du droit romain qui se produisit au XIV^e siècle, les idées abstraites ne sont pas dégagées par les rares juristes qui ont écrit sur le droit coutumier : leur seul but est de constater l'existence de la coutume, et de l'expliquer par un rapide commentaire ou une application d'espèce. Même après cette renaissance des études romaines, les jurisconsultes restent avant tout préoccupés de solutionner les difficultés nouvelles que révèle la pratique, de concilier les règles coutumières,

1. Cf. FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation*.

considérées avec un mépris enfantin¹, avec le droit romain, pour lequel ils éprouvent un engouement exagéré. Mais ce qu'ils cherchent surtout dans le Digeste ce sont des décisions de détail, la satisfaction de certaines tendances et le remède à certains inconvénients qui apparaissent avec l'évolution des mœurs.

En tout cas, de Beaumanoir à Pothier, il n'y a pas un seul de nos vieux auteurs qui se soit posé le problème de la nature de la communauté tel qu'il se présente aujourd'hui.

Faut-il admettre comme raison de ce silence l'explication que certains ont proposée, et que nous allons maintenant examiner ?

§ 1

Dans quelle mesure la communauté réalisait la notion de société.

On a voulu établir, en effet, qu'il n'y avait pas, au sens juridique du mot, propriété collective des conjoints sur les biens de la communauté. Pendant toute la durée du mariage le

1. « Es pays coutumiers, les coutumes, qui sont contraires au droit écrit, gâtent et détruisent le droit, et sont appelées haineux droit ». *Grand Coutumier*, L. I, chap. II, éd. Laboulaye, p. 190.

mari en serait propriétaire exclusif, et la femme n'aurait de droits qu'à la dissolution.

Si cette opinion traduit bien l'esprit des règles coutumières, elle résout implicitement la question sur la nature de notre institution. La communauté, ce n'est pas les époux associés propriétaires par indivis ou en main commune du patrimoine commun, c'est encore moins une personne fictive : la communauté, c'est le mari.

Cette théorie, qu'on appuie sur la maxime que « le mari est seigneur et maître de la communauté ¹ », trouve un fondement apparent dans certains passages des œuvres de Dumoulin : « *Constante matrimonio*, dit cet auteur en parlant du mari, *solus actu dominus propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem*. » Et non seulement Dumoulin consacre la suprématie du mari, mais il lui donne toute sa portée en ajoutant à l'égard de la femme : « *Non est proprie socia, sed speratur fore* ». ² Ainsi, dit-on, le droit du mari existe seul, celui de la femme n'étant, au cours de la communauté, qu'une éventualité subordonnée à la réalisation d'une condition ultérieure : son acceptation.

1. *Cout. de Paris*, art. 225.

2. DUMOULIN : *In consuetudine, Paris* : § 57, n° 2, *Nov. consuet.*, et § 109. *Vet. consuet.*

Et Pothier ¹ ayant reproduit, en l'aggravant, cette formule de Dumoulin, on en a conclu que l'opinion concordante de ces deux auteurs considérables exprimait la théorie de l'ancien droit, dont rien ne peut faire croire que les rédacteurs du Code civil aient eu l'intention de s'écarter.

Mais tout d'abord, dans ce système, on interprète faussement l'idée elle-même de Dumoulin qui lui sert de base. Si celui-ci déclare, en effet, que le mari est *solus actu dominus*, il fait suivre cette formule, qui aurait pu paraître trop absolue, d'une restriction qui en modère grandement la portée ; elle ne doit s'entendre que « *propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem* ». Ce qui prouve qu'il ne songeait qu'à l'exercice des actions ou prérogatives inhérentes au droit du mari sur les biens communs, sans vouloir préjuger de la question même de propriété.

L'auteur n'avait nullement l'intention de dénier à la femme tout droit de copropriété. Frappé de la différence qui existe entre la situation de la femme dans la communauté et celle d'un associé dans une société ordinaire, il vou-

1. POTHIER : *Communauté*, n° 497 : « le droit de la femme sur la communauté n'est pendant le mariage qu'un *droit informe*, qui se réduit à une simple espérance de partager les biens qui se trouveront la composer lors de la dissolution. »

lait simplement trouver une expression juridique qui caractérisât ce fait que, durant le mariage, la femme ne peut pas plus être poursuivie par les créanciers de son mari qu'elle ne peut engager la communauté envers ses propres créanciers. En formulant sa pensée en termes, il est vrai, trop absolus, Dumoulin ne se doutait pas de tout ce qu'on en devait tirer par la suite ; et il avait cru concilier, loin de l'exclure, l'idée de société avec cette incapacité de la femme mariée, en disant que celle-ci, écartée pour un temps des affaires communes, reprendrait cependant son rôle d'associée au jour de la dissolution.

De même, lorsque plus tard Pothier, reproduisant cette théorie de Dumoulin, qualifie le droit de la femme de *droit informe, de simple espérance*, c'est seulement en vue d'une hypothèse particulière. Il s'agissait de savoir, quand un fief a été acquis par la communauté, si, lors de la dissolution, un droit de mutation est dû au seigneur par la femme au cas où elle accepte la communauté, ou par le mari si elle y renonce. Or l'article 5 de la Coutume de Paris disposait que dans les deux cas il n'y avait pas de mutation. Pothier voulait généraliser cette décision, et, pour la justifier, il raisonne ainsi : Quand la femme accepte la communauté, il n'y a pas, dit-il, de mutation, car le mari

acquiert pour la communauté et la femme a un droit né dès l'acquisition. Si au contraire elle renonce, il n'y a pas davantage de mutation : la femme n'a qu'un droit informe, une simple espérance, et ce droit en germe s'est évanoui sans se produire ; elle n'a donc transmis aucun droit à son mari¹. En réalité, notre auteur reconnaît expressément le droit de la femme sur les biens communs. Ce n'est que pour établir, dans l'intérêt d'une solution sur un point particulier, un raisonnement au demeurant peu juridique, qu'il est amené à employer des expressions excessives, auxquelles on aurait tort de donner une portée générale.

Aussi bien, qu'il soit exagéré d'interpréter la pensée de Dumoulin et de Pothier en ce sens que le mari est propriétaire des biens communs, cela ressort nettement des déclarations de l'un des commentateurs les plus autorisés de nos anciennes coutumes : « Si, dit de Laurière² au XVIII^e siècle, le mari est seigneur des meubles et des conquêts immeubles, *il n'en est pas propriétaire*, si ce n'est de la moitié seulement, et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, *ce n'est que parce qu'il en a la libre administration en qualité de chef de la commu-*

1. M. Debray, à son cours.

2. Eusèbe DE LAURIÈRE, *Cout. de Paris*, comment. sur le titre X, article 225.

nauté »; et il cite les articles 19 et 163 des *Coutumes notoires*, qui sont très précis « sur le plein droit de moitié qui appartient à chacun d'iceulx mariés ».

Certes, à l'époque de Dumoulin et plus encore de Pothier, le mari a des pouvoirs d'administration exorbitants, et la femme n'a plus qu'un rôle très effacé et pour ainsi dire muet. La communauté qu'analysent ces jurisconsultes est loin de ressembler, bien qu'elle en conserve le nom, à la « *compagnie* » conjugale du XIII^e siècle.

L'épouse, au temps de Beaumanoir, n'était pas une incapable. Sans doute, elle était soumise à la puissance de son mari; mais, comme dit M. Gide, « la puissance maritale constituait un droit pour le mari plutôt qu'une incapacité pour la femme; la femme conservait en principe toute sa capacité, et ne perdait que son indépendance ¹. » Dans la communauté coutumière primitive la femme remplissait réellement ses fonctions d'associée à côté du mari.

Celui-ci, il est vrai, joue dans la communauté le rôle naturel de chef. Il en a la direction, ses actes l'engagent et ses délits la compromettent. Mais si déjà on le proclame *seigneur et maître*

1. P. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 404.

de la communauté, il faut se souvenir que ses pouvoirs ne sont aussi absolus que sur les meubles et les revenus des immeubles. « Mais voire est, dit formellement Beaumanoir en son chap. 21, que le tréfond de l'héritage qui est de par la femme ne peut li mari vendre, si ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa femme, ni le sien même si elle ne renonce à son douaire, qu'elle n'en porte son douaire si elle lui survit. » Et il en était de même des conquêts immeubles, d'après le livre de Jostice et de Plet : « Li doeres ne peut estre encombriez, ne l'héritages à la feme, ne sa part des conqueuz, s'ele ne l'otroie¹. »

Ainsi, le concours des époux était pratiquement nécessaire toutes les fois qu'il s'agissait d'aliéner ou de charger un immeuble ; et les chartes de cette époque nous montrent constamment la femme parlant et intervenant dans les opérations faites par son mari, ayant entre ses mains le moyen, sinon d'agir contre sa volonté de chef, du moins de l'arrêter dans les marchés qu'elle juge désavantageux. Or c'est bien le droit commun des sociétés que des actes aussi graves, particulièrement alors que la terre constituait la principale et presque la seule richesse, ne puissent être effectués qu'avec le consentement de tous les associés.

1. JOSTICE et PLET, 5, §§ 2 et 3.

De même, c'est encore en associée, et non en mandataire, que la femme agit et s'oblige, en même temps qu'elle oblige son mari, dans son commerce ou dans ses attributions domestiques. Sa situation peut se comparer à celle d'un associé qui aurait été chargé de gérer une affaire spéciale intéressant la société, et qui, tout exposé qu'il est à voir révoquer ses pouvoirs, les exerce néanmoins en toute liberté.

Mais il ya plus encore : Chaque fois que le mari est absent ou empêché, de plein droit et sans qu'il soit besoin d'autorisation de justice, la femme prend la place de chef laissée vacante. Elle exerce à la place de son mari, mais en son nom propre, sur les biens communs, et avec toutes leurs conséquences normales, les très larges pouvoirs d'administration qui sont d'ordinaire l'apanage de la puissance maritale.

Donc, au XIII^e siècle, la communauté était bien une société où les deux époux apportaient, outre leur industrie, une certaine quantité de biens pour les faire fructifier et les employer à une œuvre commune ; où chacun, dans un rôle domestique différent, tenait sa place d'associé et prenait une part active à la gestion.

Mais au XIV^e siècle se produit un brusque changement dans cette organisation. Le droit romain reprend une importance considérable, et les jurisconsultes essayent d'appliquer à la

communauté coutumière le droit matrimonial romain pourtant si différent. La femme devient incapable; elle ne peut s'obliger sans l'autorisation du mari, autorisation que les auteurs comparent à chaque instant avec l'*auctoritas tutoris*; on ressuscite le sénatus-consulte Velléien qui défend aux femmes de s'engager pour autrui, et Bouteiller déclare que cette prohibition vise spécialement le cas où la femme s'est engagée avec son mari. Ainsi s'infiltrait peu à peu dans le droit coutumier, mais appliquée aux seuls femmes mariées, la notion d'*imbecillitas sexus*.

Devenue incapable, le rôle de la femme dans la gestion des biens communs se réduit à néant. Désormais, quand le mari est dans l'impossibilité d'exercer ses pouvoirs de chef de la communauté, la femme ne peut, en aucun cas, faire acte d'associée seule et sans contrôle; il faudra qu'à la place du mari un juge remplisse cette fonction de tuteur *ad integrandam personam*. Au XVI^e siècle l'autorisation supplétive de justice s'était définitivement établie et généralisée. Et on arriva à considérer la femme commerçante, ou passant des marchés pour les besoins du ménage, comme agissant en qualité de simple mandataire: elle ne s'engage plus personnellement, et elle n'oblige son mari que s'il ratifie.

Par contre, les pouvoirs du mari sur le mobilier et les conquêts immeubles deviennent si

considérables que nos anciens auteurs les comparent, ainsi que nous l'avons vu, à ceux du propriétaire. Nous avons fait la part des exagérations de langage. Il nous faut ajouter que, si le mari est investi de droits exorbitants, il est sans cesse retenu dans l'exercice de sa toute-puissance par des considérations pratiques. Le maître et seigneur des biens est doublé d'un tuteur et administrateur responsable. Et, nous dit Guy Coquille, il « ne doit exercer cette puissance et seigneurie sinon avec équité et modération¹. »

En théorie il peut disposer en toute liberté des immeubles communs, mais en fait il ne peut obliger sa femme au delà de sa part en communauté, et, « s'il est trouvé mal usant de ces biens, la femme peut demander la séparation de biens »². Enfin la plupart des coutumes ne reconnaissaient comme valables que les aliénations faites « à personne capable et sans fraude » ; ce qui excluait la concubine, les bâtards et les héritiers personnels du mari, et permettait à la femme, ou à ses héritiers d'attaquer, après la dissolution de la communauté, toute donation excessive. « Le mari, dit Ferrière, peut être maître des biens de la communauté, comme chef,

1. GUY COQUILLE : *Cout. du Nivernais*, chap. XXIII, 3.

2. *Cont. de Bretagne*, art. 408, Bourdot de Richebourg, t. IV.

pour administrer les biens, et non pour les perdre, car donner c'est perdre¹. » Et, partant de cette idée, les coutumes d'Anjou, du Maine et de Lodunois décidaient que le mari ne devait pas les donner entre vifs, si ce n'est pour sa part seulement.

En définitive, même au temps de Pothier, le mari n'est pas le propriétaire exclusif du fonds commun ; il n'est qu'un administrateur. Le droit de l'épouse existe réellement à côté du sien, et il est fortement protégé, au moins pour le temps qui suivra le mariage.

La communauté fonctionne un peu comme une société en commandite. Le mari joue le rôle actif du commandité, la femme le rôle effacé et muet du commanditaire. Le patrimoine commun est aux mains du mari, comme le fonds social est aux mains du commandité ; le mari, vis-à-vis des tiers, est dans la même situation que s'il lui appartenait à lui seul, parce que, par ses contrats, il oblige seul le patrimoine de communauté tout entier. La situation est la même : il s'agit toujours d'associé, la femme ou des commanditaires, qui ont versé des fonds aux mains d'un gérant unique, en vue, dans cette mesure et dans cette limite, d'augmenter son crédit.

1. FERRIÈRE, *Cout. de Paris*, tit. III, art. 225, glose 3.

Cependant ce n'est là qu'une apparence à l'égard des tiers, ou, si l'on veut, un résultat de fait. En réalité le fonds social appartient en commun au commandité et à ses commanditaires. De même le mari n'est seigneur et maître du patrimoine de communauté que dans ses rapports avec les tiers ; dans les rapports des époux entre eux, ce patrimoine est la propriété commune des deux conjoints.

§ 2

Des conceptions abstraites de la propriété collective dans l'ancien droit et de leur application à la communauté.

La communauté dans l'ancien droit est une société, on n'en saurait douter maintenant; le fonds commun est la propriété collective des deux conjoints.

Nos anciens auteurs n'ont pas songé à faire la construction logique des règles qui régissent cette propriété collective, c'est-à-dire à les rattacher à un principe unique : personnalité civile, « *Gesammte Hand* », ou indivision romaine. Mais ce qu'ils n'ont pas fait, l'interprète moderne peut-il le tenter ? Est-il possible et légitime, si on tient compte de l'état de la science

juridique avant le XIX^e siècle, de présenter tel des systèmes aujourd'hui soutenus comme traditionnel dans notre droit ?

Un premier point semble certain : il ne peut être question dans l'ancien droit de considérer la communauté comme un être moral.

La notion de la personnalité civile n'est pas, en effet, connue de notre droit primitif. Les jurisconsultes romains l'avaient inventée. Mais à Rome toute association ne constituait pas un *corpus*¹ : la personnalité juridique était soumise à la condition de l'autorisation de l'Etat, et n'était accordée qu'aux grandes compagnies soumissionnaires des travaux publics et de la perception des impôts (*societates publicanorum*).

Emportée avec les autres institutions romaines, cette conception savante disparaît en Gaule au moment des invasions. Le formalisme antique fait place à un droit beaucoup plus simple. Chez les peuples frustes et guerriers qui dominent la Gaule les rapports juridiques peu compliqués ne nécessitent pas la personnalité morale. Les associations ayant un intérêt général n'existent pas ; les pouvoirs publics sont entre les mains d'individualités (roi, seigneurs, évêques), et se fondent

1. Cf. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e édit., p. 564, spécialement note 5.

dans leur personnalité physique. Dès lors, il est évident que la personnalité morale, n'ayant pu se faire jour même à propos des sociétés civiles, ne s'appliquera pas à la communauté entre époux, dont les origines, ainsi que nous l'avons établi, remontent au delà du IX^e siècle.

Avec la Renaissance du droit romain au cours du XIII^e siècle, les jurisconsultes, légistes et canonistes, vont retrouver et faire revivre la notion de la personnalité morale; et le pouvoir royal, qui cherche à s'affermir, s'en servira pour favoriser les tentatives d'émancipation contre la puissance trop absolue des grands vassaux. Octroyée par le roi «aux gens de main morte», ceux-ci pourront désormais refuser à leur suzerain les droits de mutation qu'il percevait au décès de l'un d'eux; de même, mais toujours avec l'autorisation du roi, certaines unités administratives vont échapper à la tutelle des seigneurs, et former des personnes morales capables de tous les actes de la vie civile.

D'ailleurs, la nécessité de l'autorisation royale est formulée par tous les légistes comme une condition *sine qua non* de la personnalité. « De nouvel nul ne pot fere vile de commune en roiaum de France, dit Beaumanoir ¹, sans

1. Ch. L § 2.

l'assentement du Roy. » Et Loysel¹ s'exprime ainsi : « L'on ne peut s'assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du Roy. » Aujourd'hui encore cette condition subsiste : il faut une reconnaissance légale.

Au XVIII^e siècle, la théorie de la personnalité est présentée dans sa forme moderne. « Les corps et communautés, dit Pothier², établies suivant les lois du royaume, sont considérées dans l'Etat comme tenant lieu de personnes : *veluti personam sustinent* ; car ces corps peuvent, à l'instar des personnes, aliéner et acquérir, posséder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers eux.... Ces corps sont des êtres intellectuels, différents et distincts de toutes les personnes qui les composent.... »

Mais quelles sont les collectivités qui, à l'époque de Pothier, constituent des personnes civiles ? Uniquement les grandes associations offrant un intérêt public, les grandes sociétés commerciales. Et M. Saleilles³ a pu soutenir que, parmi ces sociétés commerciales même, les sociétés en commandite n'avaient jamais, dans l'ancien droit, joui de la personnalité. Quant à

1. L. III, t. 3, reg. 23.

2. *Des Personnes*, n^{os} 210-231.

3. *Histoire des Sociétés en commandite*, Annales du droit commercial, 1895 et 1897.

son application aux sociétés civiles, ni Pothier ni aucun de ses contemporains n'y fait la moindre allusion, et ils la repoussent implicitement en décidant que la propriété des objets échus à un associé par le partage remonte au jour de leur entrée dans la société.

Donc, même à la fin de l'ancien droit, il ne pouvait pas être question de personnalité civile à propos de la communauté conjugale. Bien plus, nos anciens auteurs la niaient dans une de ses conséquences principales, en refusant aux créanciers de la communauté tout droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des époux. « ... Il ne s'ensuit pas, dit Lebrun¹ que les créanciers de la communauté aient la séparation de biens contre les créanciers particuliers des conjoints ; car, si le mari doit une rente avant son mariage, le créancier pourra se venger sur le conquêt échu en partage aux héritiers du mari. . . . »

Il est vrai que la communauté coutumière semble presque autant résister à l'idée romaine d'indivision.

Nous savons que la copropriété du droit romain se caractérise surtout par les trois effets suivants : 1° faculté pour chacun des copropriétaires de demander le partage quand bon

1. *Traité de la communauté*, t. II, ch. 3.

lui semble ; 2° droit de disposition de chacun d'eux relativement à sa part ; 3° confusion entre la part indivise qui appartient à chacun et son patrimoine propre.

Or, de ces trois conséquences, la dernière seule se retrouve, et encore imparfaitement, dans les règles de la communauté. Sans doute, il n'y a pas séparation de patrimoines entre le fonds commun et les patrimoines propres de chacun des conjoints ; et la preuve en est que les créanciers de la communauté, ainsi que nous venons de le voir, n'étaient pas préférés sur les biens communs aux créanciers personnels des époux.

Il faut bien reconnaître cependant qu'à certains égards cette conséquence de l'idée de copropriété ordinaire ne s'applique pas toujours avec une suffisante netteté. Le patrimoine du mari, pendant toute la durée du mariage, se confondra non pas seulement avec sa part indivise dans les biens communs, mais avec le patrimoine entier de la communauté ; si bien que ses créanciers personnels, tout comme les créanciers communs, pourront poursuivre leur paiement sur tous les biens communs, sans avoir à se préoccuper des droits de la femme. Et celle-ci, au moins à l'époque de Pothier, pourra mettre ses biens personnels à l'abri des poursuites des créanciers de la communauté, soit en renonçant à la communauté, soit en

invoquant le bénéfice d'émolument. D'autre part, pendant toute la durée de la communauté, seul le mari pourra compenser sa dette personnelle contre un débiteur commun avec la totalité de la dette de celui-ci envers la communauté.

C'est qu'en effet, pendant le mariage, la femme n'a aucun droit de disposition sur sa part dans les objets dépendant de la communauté ; seul le mari a le droit de disposer, pour le tout ou pour partie, des biens communs. Comme nous l'avons déjà dit, ses pouvoirs d'administrateur sont tels que tout doit se passer, à l'extérieur et vis-à-vis des tiers, comme s'il était seul propriétaire.

Enfin, la faculté de demander le partage était, à l'origine, refusée d'une façon absolue aux deux époux. Tant que l'union conjugale durait, le patrimoine commun devait demeurer aux mains du mari, les conjoints fussent-ils séparés de corps. La séparation de biens, comme accessoire de la séparation de corps, est à peine organisée dans la première rédaction des coutumes. Elle n'apparaît complètement réglementée et admise comme principale qu'à la fin du XVI^e siècle, lors de la deuxième rédaction. Mais en aucun cas le mari ne pouvait la demander ; la femme seule, et uniquement pour des causes graves, pouvait l'obtenir. Ainsi donc, même

dans le dernier état du droit coutumier, le principe est que l'union des biens doit durer autant que l'union des personnes : le partage de la communauté est, pendant le mariage, une exception exclusivement en faveur de la femme, comme contrepoids aux pouvoirs trop absolus du mari sur le patrimoine commun.

Voilà donc deux points certains : la communauté coutumière n'était pas personne morale ; les époux sont copropriétaires du fonds commun. Mais cette copropriété ne ressemblait que très imparfaitement à celle du droit romain.

On est parti de là pour soutenir que la communauté, dans l'ancien droit, n'était qu'une application particulière de la « *Gesammte Hand* » qui n'aurait été, en somme, que peu déformée par l'envahissement des règles romaines d'incapacité de la femme mariée et de la propriété du mari sur la dot. On ajoute que cette forme de copropriété, si elle n'a été organisée en théorie que par la science allemande moderne, se rencontrait dans de nombreuses institutions juridiques du moyen-âge, notamment dans les sociétés taisibles (nous savons par quel abus de langage), et aussi dans les sociétés en commandite, au dire de M. Saleilles.

En ce qui concerne la communauté conjugale, nous croyons avoir établi que cette conception,

prétendue germanique, n'a pas été la cause déterminante de l'apparition de notre régime matrimonial coutumier.

Mais si l'on analyse la communauté telle qu'elle nous apparaît dans Beaumanoir, et surtout (car c'est cela qu'il faudrait démontrer pour soutenir que la communauté a nécessairement passé dans notre Code avec le même caractère), et surtout telle qu'elle est organisée à l'époque de Pothier, est-il exact qu'on y retrouve les principaux traits de la « Gesamte Hand » ?

M. Masse a essayé de faire triompher cette opinion. Mais, dans un compte rendu qu'il consacre à la thèse de M. Masse, M. Meynial, professeur à Montpellier, tout en se montrant à certains égards assez favorable¹ au système de l'auteur, formule cependant de graves réserves. Nous ne saurions mieux faire que de reproduire ici quelques passages de cette étude.

« La communauté conjugale, dit M. Meynial, est née à l'époque de Beaumanoir et il est bien vrai de dire qu'on y retrouve bien des traits de la « gesamte Hand » ; soit quant aux conditions de naissance de la communauté, où

1. M. Meynial admet, en effet, que la communauté conjugale vient en grande partie des « règles de la communauté taissable, et plus généralement des principes de la Gesamte Hand ». — Cf. *supra*, pages 39 et ss.

le lien personnel de cohabitation est prépondérant soit quant au sort des biens communs confondus, sans qu'il y ait pour chacun pendant le mariage aucun droit déterminé ou sur l'ensemble, ou sur chacun des objets qui composent la masse ; soit quant à l'égalité des deux associés, chacun ayant, suivant la mission qui lui incombe, la direction dans son domaine propre, mais laissant le droit de l'autre s'y affirmer avec tout autant d'ampleur quand les circonstances empêchent la direction ordinaire de pouvoir s'y exercer ; soit quant à la responsabilité des dettes qui incombe également aux deux associés à raison des actes que chacun a accomplis dans son domaine ; et à l'absence de garantie de la femme contre l'insolvabilité de la communauté ; soit enfin quant au partage effectué sans tenir compte de l'origine des meubles partagés Mais à côté on se rend bien compte pourtant que la communauté ne fait guère que commencer à pénétrer dans notre droit commun des gens mariés, puisqu'elle n'y règne encore que pour les meubles, biens d'assez minime importance. Les immeubles du mari et les conquêts immobiliers sont biens soumis à un « *condominium* » analogue à celui qu'engendrerait la « *gesamnte Hand* » ; mais j'ai déjà dit qu'il était fort difficile de discerner si ce régime vient de la communauté ou du douaire. *Enfin, même pour les*

meubles communs. l'institution de la communauté, la conception de la « gesammte Hand » sont encore si peu organisées et si peu conscientes que Beaumanoir n'hésite pas, ailleurs, à traiter les meubles comme s'ils étaient biens du mari, et à qualifier son pouvoir de bail ou de mainbournie, ce qui est fort différent du pouvoir du maître de communauté. . . Mais voici que tout à coup, au XIV^e siècle, un revirement se produit dans toute la marche de ce régime conjugal. La communauté, à peine arrivée à la vie, se dégrade, se transforme au point de devenir méconnaissable. C'est un fait qui n'est guère douteux et dont on se rend facilement compte en comparant Bouteiller à Beaumanoir. Bouteiller ne parle de la communauté, sinon pour dire que la femme a la faculté de se soustraire aux dettes en renonçant aux meubles¹. On explique désormais le pouvoir du mari sur les biens communs en lui en attribuant la propriété. Le droit de renoncer, la faculté d'obtenir la séparation de biens, le bénéfice de compétence, (art. 1483), l'hypothèque légale, la théorie des récompenses sont autant de tempéraments à la communauté, qui en atténuent singulièrement le caractère et la dépouillent en grande

1. Tit. 45. Comment la femme peut renoncer aux cateux de son mari. Cité par M. Meynial.

partie de ce qu'elle avait emprunté au principe de la « *gesammte Hand* ». Nous nous éloignons très visiblement de ce type d'association sans séparation d'intérêts ni de patrimoine, sans quote-part réservée à chacun dans la masse commune, avec pouvoir égal des deux époux, bien que divisé, sur les biens communs, avec responsabilité égale et réciproque. La femme devient incapable, on la soumet au Velléien, à la fois pour la protéger et par méfiance à son égard ; on organise contre elle l'autorisation maritale qui voisine avec l'*auctoritas tutoris*. M. Masse montre pourtant comment, malgré tout ce discrédit nouveau, la communauté continue à suivre et à conserver les principes de l'ancienne « *gesammte Hand* ». Je ne voudrais pas le nier. Mais on concédera pourtant que, jusqu'à présent, le principe collectif primitif n'a pas de chance. Il n'est pas en voie de progrès. Il commençait à faire sentir son influence, à faire échec au douaire et à l'ancienne organisation conjugale. Et voilà que, dès ses premiers pas, il subit un grave temps d'arrêt dans son développement. Si au XIII^e siècle on pouvait déjà trouver excessif de systématiser dans la « *gesammte Hand* » tout le régime matrimonial complexe de cette époque, ou même la seule communauté des meubles, combien la remarque ne serait-elle pas plus exacte au XIV^e siècle ? »

Enfin il nous faut ajouter que, loin de présenter les biens et acquisitions des époux comme unis pour la durée du mariage en une masse unique et indissoluble, sans quote-part réservée à chacun, les auteurs des XIII^e et XIV^e siècles parlent sans cesse de la part que la femme a dans les biens communs et particulièrement dans les conquêts. C'est, par exemple, le livre des Droiz et Commandements, qui dispose que : « Si les acquêts étaient faits au nom de li et de sa feme, et le contract le portast, il (le mari) n'en pourrait aliéner que *sa partie* », or, à moins que le mari n'ait fait les acquêts en son nom, « ils sont communs *et en a chacun la moytié*, et est acquis à la feme son droit, sitost comme lesdits acquez sont faiz selon droit ¹. »

En somme, dans notre ancien droit, aucun principe général ne se dégage nettement des règles de la communauté entre époux ; aucun des systèmes aujourd'hui proposés ne peut à lui seul rendre compte ni de son organisation ni de son fonctionnement ; aucun, en un mot, ne s'impose au jurisconsulte moderne par une raison de tradition.

1. *Livre des Droiz et commandements*, n° 828. — Voy. aussi le texte du livre de Jostice et Plet, cité p. 56. — Au XVIII^e siècle, de Laurière citera les articles 19 et 163 des « Coutumes notoires », qui sont, dit-il, formels « sur le plein droit de moitié qui appartient à chacun d'iceulx mariés. » V. *supra*, p. 55."

La communauté conjugale nous apparaît comme une société, mais d'un genre tout spécial. Accessoire de l'union des personnes dans le mariage, elle lui emprunte des caractères particuliers. Tantôt elle tend vers plus d'égalité pour la femme, tantôt vers la suprématie absolue du mari. Sous la poussée des mœurs, selon les circonstances, ses règles se modifient ou même se renversent. Mais on peut affirmer, en toute impartialité, qu'il n'y a pas dans la marche de notre régime coutumier, dans son évolution et ses transformations successives, une tendance à réaliser de plus en plus complètement quelque théorie abstraite, que d'ailleurs, dans le dernier état de notre ancien droit, il serait impossible de reconnaître parmi les principes parfois si opposés de notre institution.

Et peut-être en est-il de même dans notre droit actuel ?

APPENDICE

LES PROJETS DE LA RÉVOLUTION SUR LA COMMUNAUTÉ.

Imbus de l'esprit d'égalité, les hommes de la Révolution devaient nécessairement tenter de substituer à l'ancienne communauté conjugale, où la femme ne jouait qu'un rôle très effacé de subordonnée, un régime pécuniaire plus conforme aux idées de l'époque. Les assemblées révolutionnaires n'ont pas cependant édicté de mesures législatives à ce sujet. Mais les trois projets de Code civil successivement présentés par Cambacérès, et dont aucun ne fut adopté, contenaient quant au régime des biens entre époux certaines dispositions intéressantes.

Le premier projet, soumis à la Convention au mois d'août 1793, instituait la communauté avec administration commune. L'article 11 déclarait : « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens » ; et les articles suivants, distinguant entre les actes

d'aliénation des biens communs et ceux qui sont simplement conservatoires, disposaient que pour les premiers le concours des deux époux était nécessaire et que les seconds seraient valablement faits par l'un ou par l'autre indifféremment¹.

Les partisans de cette théorie pourraient, avec quelque raison, soutenir que c'était faire une application des purs principes de la «*Gesammte Hand*»². Le patrimoine commun, pendant le mariage, n'est pas en effet, dans ce projet, pour le tout à la disposition d'un seul des époux, ni de chacun pour une part déterminée. Chacun des conjoints use du patrimoine entier. Mais aucun d'eux ne peut seul obliger la masse commune ni aliéner les biens qui la composent; pour ces actes particulièrement graves, il aurait fallu que les deux époux parlassent à l'acte, c'est-à-dire qu'ils auraient dû agir «*conjunctis manibus*». Et ce sont là, en vérité, les traits caractéristiques que l'on reconnaît à la «copropriété en main commune».

La chose cependant ne s'est pas, et cela est certain, présentée à l'esprit de l'auteur de cette proposition de loi. Devant la Convention il soutint seulement qu'il fallait «établir les femmes

1. FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires*, t. 1, p. 20

2. Cf. MASSE, *op. cit.*, p. 488.

dans leurs droits naturels », se flattant que « toutes les objections auraient leur réponse dans ce principe d'égalité qui devait régler tous les actes de l'organisation sociale¹ », sans s'embarrasser autrement de considérations juridiques. Les adversaires de cette innovation se rencontrèrent nombreux, surtout parmi les jurisconsultes de profession ; ils montrèrent les inconvénients, les impossibilités pratiques du système, et décidèrent l'assemblée à conserver la communauté traditionnelle.

Dans la seconde période de la Convention, après la chute de Robespierre, Cambacérès déposa un second projet de Code civil, le 23 fructidor an II ; il reproduisait quant à la communauté l'organisation instituée dans le premier. Quelques articles seulement furent votés et le régime des biens entre époux ne vint pas en discussion.

Enfin, sous le Directoire, un troisième projet de Code civil fut présenté par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, le 24 prairial an IV. Cette fois le principe de l'administration commune était définitivement abandonné par l'auteur lui-même, comme « contraire à l'ordre naturel, et propre à engendrer des débats qui détruiraient le charme de la vie domestique. »

1. FENET, *op. cit.* pp. 4 et 5.

Ce troisième projet ne fut d'ailleurs jamais discuté.

La communauté coutumière, telle qu'elle avait décrite Pothier, subsista jusqu'à la promulgation du Code Napoléon.



DEUXIÈME PARTIE

La communauté dans le Code civil

Etant prouvé que la communauté est une société, si l'on synthétise les dispositions très complètes édictées par le Code civil à son endroit et les décisions de la doctrine et de la jurisprudence qui sont venues combler quelques rares lacunes, est-il possible de ramener l'institution à une idée d'ensemble qui en encadre toutes les règles d'une façon satisfaisante : personnalité civile, copropriété indivise, ou « *Gesammte Hand* » ? Telle est la question que nous devons envisager dans cette seconde partie.

Nous la diviserons en quatre chapitres.

CHAPITRE I^{er}. — *La communauté est une société.* 

CHAPITRE II. — *Théorie de la personnalité civile de la communauté. — Réfutation.*

CHAPITRE III. — *Système de la copropriété indivise. — Son insuffisance.*

CHAPITRE IV. — *Du système de la « Gesamnte Hand ». — Critique de cette théorie.*

CHAPITRE I^{er}

LA COMMUNAUTÉ EST UNE SOCIÉTÉ

§ 1^{er}

La notion de société et la communauté

Appliquée aux rapports pécuniaires entre époux, l'idée de société semble *a priori* particulièrement satisfaisante.

Dans nos mœurs et notre droit français c'est une notion fondamentale que le mariage est construit tout entier sur la donnée morale et juridique d'une association dirigée par le mari, d'une union si étroite que les époux sont vraiment, selon la forte expression du christianisme, « *duo in carne una* ». Et il est naturel que la communauté d'existence engendre l'association des biens à côté de celle des personnes, entraîne comme conséquence la constitution d'un patrimoine commun destiné à subvenir aux besoins des époux, à les aider dans l'œuvre

collective qu'ils entreprennent : la conservation et l'éducation de la famille.

Or cette mise en commun, qui, aux termes de l'article 1832, est un élément essentiel du contrat de société, se rencontre pleinement réalisée dans le régime en communauté. Elle peut, il est vrai, comporter plus ou moins d'extension, absorber le patrimoine entier de chaque époux, comme dans la communauté universelle, ou seulement certaines parties de ce dernier, même se restreindre à une communauté d'acquêts ; mais toujours on se trouve en présence d'une masse commune qui se distingue des patrimoines propres du mari et de la femme, masse affectée aux charges du ménage et destinée, lors de la dissolution, à être partagée entre les époux ou leurs représentants.

Toutefois la constitution d'un patrimoine commun ne saurait suffire par elle-même à faire de la communauté une véritable société.

D'après la doctrine et la jurisprudence actuelles, toute société, en effet, aurait nécessairement pour but la réalisation et le partage de *bénéfices*, sans quoi elle ne serait qu'une simple *association*. Sans doute il serait malaisé de découvrir dans l'union des biens entre époux le caractère d'une spéculation. En fait, si le mari surtout et quelquefois la femme aussi, par leur labeur quotidien, cherchent à augmen-

ter le fonds commun, si souvent la fortune des deux époux s'accroît pendant le mariage, il n'y a là que le résultat d'un sentiment très profond d'affection et de prévoyance, qui pousse les parents à donner à leurs enfants tout le bien-être possible et à leur laisser après eux de quoi s'établir et fonder une famille à leur tour. En un mot, le but de l'union conjugale est plus moral que pécuniaire.

Cependant il ne faudrait pas croire que toute société procède d'un esprit de spéculation. Certes, c'est par cet esprit, très licite du reste et très fécond, que naissent et vivent celles qui ont pour but des opérations commerciales; mais, à coup sûr, on ne la rencontre ni dans les communautés de biens, comme les anciennes sociétés taisyables, ni même dans certaines sociétés à titre particulier où les contractants se proposent seulement, en s'unissant, de diminuer les frais qu'entraînerait pour chacun une action isolée. Aussi bien, le profit qu'on peut retirer de certains biens communs n'est pas nécessairement un bénéfice en argent, analogue à celui des commerçants; ce peut être aussi le simple usage des choses, consistant à retirer en commun, et en nature, l'utilité qu'elles peuvent donner. Donc, à ce point de vue encore, il est parfaitement correct de considérer la communauté entre époux comme une société.

Pour qu'il y ait société, il faut aussi que chaque associé soit appelé à contribuer aux pertes, au moins jusqu'à concurrence de sa mise (art. 1855, al. 2). Il semble tout naturel qu'il en soit ainsi entre conjoints, qui doivent partager la bonne et la mauvaise fortune. La femme peut cependant, par une clause spéciale, stipuler qu'elle reprendra son apport « franc et quitte ». Est-ce à dire que par cette clause elle évitera complètement de supporter une part des dettes communes ? Nullement, car la clause n'est pas opposable aux créanciers, qui pourront saisir dans l'actif de la communauté la part représentant l'apport de la femme¹ ; tout se borne aux rapports des époux entre eux, et, si le mari est insolvable la femme supportera en définitive une partie des dettes. D'ailleurs, il faut bien remarquer que cette disposition de l'article 1514, tout à fait exorbitante du droit commun, est entourée par la loi de multiples prescriptions restrictives. Au surplus elle constitue une dérogation exceptionnelle aux principes mêmes de notre institution, et le législateur ne l'a pas admise dans la communauté légale.

Enfin, une autre condition essentielle du

1. Telle est du moins la jurisprudence actuelle. Voy. Cass., 14 déc. 1858, D.P. 59, 1. 229, et notamment Bordeaux, 28 juillet 1898, D. P. 1900, 2, 345 et la note de M. de Loynes.

contrat de société est que les parties aient contracté dans l'intention de s'associer, *affectione societatis*. Et, sans aucun doute, telle a bien été l'intention des époux en adoptant, comme régime de leurs fortunes, le régime en communauté.

Aussi tout le monde aujourd'hui admet-il que la communauté conjugale est bien une société. Il ne peut s'agir, il est vrai, que d'une société spéciale. Parce qu'elle est l'accessoire du mariage, elle est, en effet, régie par des règles particulières qui, à beaucoup d'égards, diffèrent de celles des sociétés civiles ordinaires.

Ainsi, dans la société, les associés ont toute liberté de fixer le commencement et la fin de la société (art. 1843, 1865) ; c'est la loi qui fixe, sans que les époux puissent déroger à ses dispositions, le point de départ et le terme de la communauté (art. 1399 et 1441). Rien n'empêche les associés, dans une société ordinaire, de modifier les statuts primitifs ; les époux ne peuvent, au contraire, modifier les bases de leur communauté après la célébration du mariage (art. 1395). Les époux peuvent faire entrer en communauté leurs biens à venir pour la pleine propriété (art. 1526) ; c'est là une exception à l'article 1837 qui interdit toute stipulation semblable dans les sociétés universelles. L'article

1855 dispose, en matière de société, que la convention attribuant à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle ; aux termes de l'article 1525, « il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartienne au survivant ou à l'un d'eux seulement. . . . ». D'après l'article 1868, les associés peuvent convenir qu'en cas de décès de l'un d'eux la société continuera avec les héritiers du défunt ; l'article 1442 prohibe, au contraire, l'ancien usage de la communauté continuée.

Mais la différence fondamentale consiste en ce que, dans la société civile, chaque associé a, en principe, un droit égal d'administration (art. 1859) ; tandis que, dans la société de biens qui constitue la communauté, le droit de la femme sur les biens communs semble s'effacer devant celui du mari, dans les mains duquel la loi concentre presque tous les pouvoirs.

L'article 1421 porte, en effet : « Le mari administre seul les biens de la communauté. — Il peut les vendre, aliéner, hypothéquer sans le concours de la femme. » Et ces pouvoirs qui appartiennent au mari en qualité de chef de la communauté dépassent de beaucoup ceux d'un administrateur ordinaire, dont la mission se borne à conserver les biens et à les faire fructifier ; la loi lui permet d'accomplir seul des

actes qui sont d'ordinaire l'apanage exclusif du propriétaire.

Faut-il en conclure que la femme, pendant le mariage, n'est une associée qu'en théorie ; qu'elle n'a pas un droit actuel de commune, mais seulement un simple droit éventuel de partager lors de la dissolution ; que, jusque-là, tous les effets qui devraient résulter de sa qualité d'associée n'ont qu'une existence théorique et latente ?

§ 2

Doctrine de la propriété du mari. Réfutation.

— *Restrictions aux pouvoirs du mari.*

Certains auteurs, notamment Toullier ¹ et Championnière et Rigault ², ont enseigné que le mari, durant le mariage, est *propriétaire unique et absolu* des biens de la communauté, que la femme a seulement l'expectative de devenir commune à la dissolution de l'association conjugale. Mais cette opinion, qui interprétait faussement les idées de l'ancien droit ³,

1. TOULLIER, *Droit civil*, I, III, t. v, n^{os} 80 et suivants.

2. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement*, IV, 2835.

3. V. *supra*, première partie, chapitre II, § 1.

n'a guère rencontré de partisans, et se trouve depuis longtemps complètement abandonnée.

C'est qu'en effet sous l'empire du Code civil, comme dans le droit coutumier, la communauté doit être envisagée d'abord dans les rapports des époux avec les tiers, puis dans les rapports des époux entre eux.

Envers les tiers, la communauté est représentée par le mari, seigneur et maître suivant l'ancien droit, et administrateur avec des pouvoirs étendus d'après le droit moderne. Sans doute, à première vue, des pouvoirs aussi larges conférés au mari pourraient sembler exclusifs d'un droit actuel de la femme sur les biens communs. Mais ce n'est là qu'une apparence, et s'ils ont été maintenus au mari par le Code, c'est uniquement pour consacrer son autorité, son droit de chef pendant le mariage. Considérée dans les rapports des époux entre eux, la communauté existe réellement à partir de la célébration du mariage, de sorte que, pendant toute sa durée, la femme a un droit actuel de nature à l'associer aux actes passés par le mari, est copropriétaire (en prenant ce mot dans un sens large) des biens communs. Toutefois, pour que ce droit ne soit pas un obstacle à l'administration étendue du mari, on considère qu'il sommeille pour ne s'éveiller qu'au jour de la dissolution de la communauté.

C'est aussi ce que déclare un arrêt de la Cour de Colmar du 25 février 1857 portant : « Si, durant la communauté, la femme n'a aucun droit actif sur les biens qui la composent ; si, par respect pour l'autorité maritale, elle est obligée d'en abandonner l'administration au chef de la communauté ; si même elle ne peut s'opposer à l'aliénation des biens, qui sont cependant le produit d'un labeur commun, et qui, parfois même, ne sont dus qu'à ses soins et à son économie, il n'est cependant pas exact de soutenir que la femme n'a aucun droit acquis sur les biens de la communauté, aussi longtemps que cette communauté subsiste ; tout au contraire, son droit à la moitié de ses biens s'acquiert et se constitue en même temps que le droit de son mari lui-même sur l'autre moitié. La fortune de la femme, relativement à ces valeurs communes, s'établit, s'accroît ou se perd, à mesure que la communauté elle-même acquiert, s'enrichit ou se ruine. En d'autres termes, la femme est dans la communauté un associé inerte, muet, *dormant*, si l'on veut, mais qui se réveille et qui reprend et parole et action pour faire tomber les actes faits au préjudice de ses droits, une fois que la dissolution de la communauté lui a rendu sa liberté. »

Les solutions particulières de la loi sont d'ailleurs en opposition formelle avec l'idée d'un droit de propriété absolue du mari.

L'article 1492 nous dit, en effet, que « la femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté » ; donc, pendant la durée du mariage, la femme a des droits, car on ne peut perdre que ce que l'on a.—S'il en était autrement, comment comprendre cette faculté accordée à la femme par l'article 1443 de demander, dès le lendemain du mariage, la séparation de biens, lorsque son mari veut agir en seul maître, c'est-à-dire *abuser*, et qu'il compromet ainsi les « droits et reprises de la femme » ? Puis, si le mari est propriétaire unique et sans contrôle, pourquoi l'article 1437 lui impose-t-il l'obligation de payer une récompense à la communauté (c'est-à-dire en définitive, pour une part, à la femme ou à ses héritiers) toutes les fois qu'il « a tiré un profit personnel des biens de la communauté » ?

Au surplus, le mari n'a pas tous les droits d'un véritable propriétaire. En sa qualité de gérant il peut bien « vendre, aliéner, hypothéquer » les biens communs. Mais, aux termes de l'article 1422, « il ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs ». Et c'est là une reconnaissance formelle, bien qu'implicite, par le législateur, d'un droit né et actuel de la femme sur les biens communs pendant le mariage.

Malheureusement, les restrictions apportées par l'article 1422 aux pouvoirs du mari lui laissent encore une très grande latitude de disposer à titre gratuit des biens de la communauté. En effet, s'il ne peut pas donner un immeuble commun, quelque minime qu'en soit la valeur, il peut, au contraire, sous la seule condition de faire la donation à titre particulier et de ne pas se réserver l'usufruit, donner à toute personne des effets mobiliers de la communauté, sans limitation. Appliqué à la lettre, ce texte conduirait à des résultats absurdes. Supposons une masse commune comprenant quelques immeubles et, par exemple, en titres de rente, 100000 francs ; le mari ne pourra donner quelques mètres de terrain, pas davantage un vingtième ou un centième des capitaux, mais il pourra valablement faire une libéralité de 99.000 francs. Ce système est un écho de la maxime *Res mobilis res vilis*, maxime déjà vieillie à l'époque de la promulgation du Code civil, et aujourd'hui complètement surannée.

Aussi, une jurisprudence constante, qui a pour elle la presque unanimité des auteurs¹, s'inspirant de la raison et de l'équité, restreint

1. Cf. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, II, 722.
— Voyez cependant en sens contraire : LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXII, 18.

encore ce droit exorbitant du mari sur les meubles : elle annule, comme frauduleuses, toutes les donations excessives, même faites à titre particulier ¹.

Il n'est pas douteux, en effet, que, dans l'article 1422, les rédacteurs du Code aient entendu consacrer l'article 225 de la coutume de Paris, d'après lequel étaient nuls les actes faits par le mari en fraude des droits de la femme ; le paragraphe 2 fait une application évidente de cette règle, lorsqu'il défend au mari de se réserver un usufruit sur les meubles qu'il donne à titre particulier. L'article 1422 contient donc encore l'idée d'une fraude, et il y a une présomption légale que les actes qu'il interdit ont été accomplis dans ce but. Mais, de ce que les donations énumérées par ce texte sont présumées frauduleuses, il n'en faut pas conclure qu'il n'y ait de frauduleux que les seuls actes prévus. Il y a, peut-on dire, deux choses dans notre texte : une énumération des libéralités présumées frauduleuses, interdites comme telles sans qu'il ait de preuve à faire ; il y a aussi, par suite, cette idée, consacrée comme principe général, que toute donation faite en fraude des droits de la femme

1. Rouen, 25 janv. 1860, D. 61. 5. 87. — Toulouse, 22 juillet 1865 : D. 65. 2. 162. — Bordeaux, 16 janvier 1878, D. 79, 2. 182 ; — Agen, 11 fév. 1896, D. 97, 2. 513.

est prohibée. Seulement, tandis que pour celles portées à l'article 1422 la présomption de la loi dispense de toute preuve, à l'égard des libéralités qui ne rentrent pas dans l'énumération il sera nécessaire, pour les faire tomber, de fournir la preuve de la fraude. Dès lors, il appartient au juge d'annuler la donation d'effets mobiliers, même faite à titre particulier, si elle paraît frauduleuse à l'égard de la femme ; et cet indice peut résulter de l'excès de la donation, eu égard à la consistance de l'actif commun.

Il y a plus encore. Il est admis généralement que le mari doit respecter les droits éventuels de sa femme dans tous ses actes de disposition, non seulement à titre gratuit, mais même à titre onéreux : c'est l'effet des principes généraux contenus dans les articles 1134 et 1167, et de la maxime « *Fraus omnia corrumpit* » que les articles 1421 et 1422 n'ont certainement pas entendu exclure par leur silence ¹. Et si une aliénation à titre onéreux contient une fraude à l'égard de la femme, le secours de l'action paulienne lui sera accordé. Toutefois l'action en révocation ne réussira contre l'acquéreur qu'autant qu'il aura été *consciens*

1. Cf. GUILLOUARD, II, 734 et 738. — AUBRY et RAU, § 509-4. — HUC, IX, 163. — Paris, 21 juillet 1871, S. 1872. 2. 301. — Bordeaux, 7 fév. 1878, D. 79. 2. 124. — Cass., 11 nov. 1895, D. 96. 1. 44.

fraudis ; il ne suffira pas ici d'établir la simple complicité objective, il faudra prouver que le tiers a agi en connaissance de cause, dans le but d'aider le mari à s'enrichir aux dépens de sa femme. En un mot, la fraude étant prouvée dans les deux cas, si l'acte frauduleux était à titre gratuit la femme peut le faire annuler sans distinction, mais s'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux, faute par elle de prouver la mauvaise foi du tiers, elle aura simplement droit à une indemnité contre son mari. Et il est intéressant de noter que l'application de ce principe a été faite expressément par la loi au cas d'instance en divorce, dans l'article 243 nouveau (anc. 271) ; malgré son apparence exceptionnelle, cet article ne doit pas être considéré comme restrictif ; on a formellement dit au Tribunal pour l'ancien article 271, et on l'a répété au Sénat pour l'article 243 nouveau, qu'ils étaient simplement une application particulière du principe général inscrit dans l'article 1167¹.

Enfin, il serait faux de dire que le mari ne doit aucun compte de ses actes comme chef de la communauté. Sans doute, au contraire d'un administrateur de société ordinaire, il n'est pas garant de l'opportunité des opérations qu'il a

1. Cf. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édit, II, 635.

accomplies et ne supportera pas seul les conséquences de ses maladresses ou de son inexpérience ; la loi, qui limite à son apport le risque de la femme, veut, en effet, qu'elle subisse dans cette mesure les résultats malheureux d'une mauvaise administration. Cependant, les arrêts décident que le mari est tenu de justifier, sinon de l'utilité et de la légitimité, tout au moins de la réalité et de l'importance des dépenses qu'il a faites et des aliénations qu'il a consenties ; et, s'il ne peut établir l'emploi des sommes encaissées par la communauté, il en doit récompense ¹.

De toutes les restrictions apportées par le Code civil aux pouvoirs du mari, il résulte à l'évidence qu'on ne saurait le considérer comme propriétaire des biens communs pendant le mariage. A chaque instant on se heurte à une disposition légale où apparaît clairement la reconnaissance par le législateur d'un droit actuel de la femme et le souci de le protéger. Et il faut nécessairement admettre que le mari, dans tous ses actes de large administration, n'agit pas seulement *proprio nomine*, mais aussi au nom de sa femme dont il est le mandataire légal ; de même qu'un associé gé-

1. Paris, 19 mai 1870, D. 71. 2. 40. — Bordeaux, 16 avril 1896, D. 99. 2. 385. — V. également GUILLOUARD, II, 740.

rant agit à la fois pour son compte et comme représentant de ses coassociés.

§ 3

Concours de la femme aux actes du mari.

Aussi bien, ce serait se faire une idée inexacte de la situation de la femme dans la société conjugale que de croire, sur la foi des articles 1421, 1423 et 1427, qu'elle n'a, pendant toute la durée du mariage, qu'un rôle effacé, muet, qu'elle assiste en spectatrice sans influence et sans autorité à l'administration du mari. Certes, c'est bien là l'idée qui semble inscrite dans la loi. Cependant la pratique révèle de nombreux cas où le mari est obligé de compter avec son associée ; où il faut que la femme consente, où son concours à l'acte est nécessaire pour qu'il soit profitable, et quelquefois même pour qu'il soit possible. Et ce droit d'intervention, pour n'être écrit nulle part dans le Code, ne s'en rencontre pas moins à chaque instant dans la pratique, et pour les actes les plus importants.

La cause la plus fréquente de ce concours nécessaire des deux conjoints se trouve dans l'hypothèque légale de la femme mariée.

Cette hypothèque ne frappe pas seulement les immeubles propres du mari, mais aussi les conquêts immobiliers de communauté. Cela n'est guère douteux quand la femme est renonçante; une jurisprudence constante et la très grande majorité des auteurs l'autorisent en pareil cas à se prévaloir de son hypothèque légale, même au préjudice d'un créancier hypothécaire tenant ses droits du mari, ou d'un acquéreur¹. Il y a plus de difficulté si la femme accepte la communauté: une majorité en doctrine et en jurisprudence décide que la femme acceptante, étant tenue en qualité de commune en biens de l'obligation indivisible de garantie, ne pourrait en aucun cas user de son hypothèque légale contre un acquéreur ou un créancier hypothécaire tenant leurs droits du mari seul²; certains auteurs cependant ont défendu l'opinion contraire, et on peut citer plusieurs arrêts en ce sens³.

1. GUILLOUARD, *Hypothèques*, II, 795. — AUBRY et RAU, III, 264 *ter* et la note 9. — Cass., 26 janv. 1876, D. 76. I. 62. Voy. cependant, en sens contraire, LABBÉ, note dans Sirey, S. 76. I. 241, sous l'arrêt précité.

2. GUILLOUARD, *Hypothèques*, II, 799 et AUBRY et RAU, *Cod. loc.* et note 31. — Cass., 16 fév. 1841, D. 41. I. 126; Paris, 6 juin 1882, S. 85. 2. 116.

3. COLMET DE SANTERRE, t. IX, 81 *bis*, VIII. — Cass., 28 juin 1847, S.47. I.493. — V. aussi un arrêt de la Cour de Paris rapporté dans la *Revue critique* (1868.2. 462); et récemment, Angers, 21 avril 1891, *Pand. Fr.*, 92. 2. 38.

Quoiqu'il en soit sur ce point, dans l'ignorance du parti que prendra la femme, quiconque traite avec le mari n'y consent que si la femme renonce à son hypothèque légale ou lui en transmet le bénéfice par subrogation. Le mari veut-il, en effet, emprunter sur hypothèque, et offre-t-il en garantie un de ses immeubles ou un conquêt immobilier ? Le prêteur ne manquera pas d'objecter que l'hypothèque qu'on lui offre constitue une sûreté insuffisante, primée qu'elle sera le plus souvent par l'hypothèque légale de la femme. Le mari veut-il vendre un de ses propres ou un immeuble de communauté ? Il réalisera difficilement cette opération : ici encore, l'hypothèque légale de la femme apparaît menaçante ; l'acquéreur y verra une cause possible d'éviction. Mais toutes ces difficultés, presque insurmontables sans cela, vont disparaître si la femme consent à l'opération projetée. Depuis les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, elle a, d'une façon certaine, (sauf bien entendu sous le régime dotal), le droit de renoncer à son hypothèque au profit des acquéreurs ou des prêteurs de son mari, et même de leur en transmettre le bénéfice par voie de subrogation. Cela résultera d'ailleurs soit d'une stipulation expresse soit tout simplement du concours de la femme à l'acte ; à la seule condition, dans les deux cas, que la forme authentique soit employée.

Ainsi, la femme trouve dans son hypothèque légale un moyen puissant d'empêcher certains actes qu'elle jugerait fâcheux. Dans le Code civil, le mari seul est en jeu ; dans la pratique, c'est tout le contraire, la femme apparaît et signe au contrat.

Il est vrai que l'action commune des époux ne se produira, par ce procédé, qu'en ce qui concerne les immeubles. Mais, si le fonds commun ne comporte pas d'immeubles, il arrivera très souvent que les tiers, redoutant l'insolvabilité du mari, demanderont à la femme de s'engager envers eux en même temps que son mari, conjointement et solidairement, afin de pouvoir la poursuivre sur ses propres. Et dans ces circonstances, le consentement de la femme sera encore nécessaire pour une affaire qui concerne uniquement la communauté.

De même le concours des deux conjoints se rencontrera la plupart du temps dans certaines opérations, d'un caractère essentiellement familial, qui ont pour but l'établissement des enfants communs ; et cela, d'après la jurisprudence, doit s'entendre, non seulement de l'établissement par mariage, mais encore de tout autre pouvant procurer à l'enfant une existence personnelle indépendante ¹. Sans doute, pour

1. Req. 10 fév. 1896, D. 96. 4. 559.

cette hypothèse spéciale, l'article 1422 accorde au mari sur les biens de communauté des pouvoirs particulièrement étendus, lui permettant de faire seul les donations qu'il lui interdit en principe ¹. Mais nous avons déjà signalé que, même ici, ses pouvoirs reçoivent une importante limitation due à l'idée de fraude en cas d'excès ; et, s'il dote sur des conquêts, le concours de la femme deviendra nécessaire, à cause de son hypothèque légale. Enfin, quand les biens communs ne sont pas suffisants, il arrive que la femme s'oblige conjointement avec son mari à doter l'enfant né du mariage et engage ainsi ses propres sans récompense. Son consentement est interprété comme un acte par lequel elle entame son fonds de réserve pour concourir à une œuvre qui intéresse au premier chef la société conjugale ². N'est-ce pas là un véritable supplément d'apport dans l'œuvre commune entreprise par les époux ?

Une clause usuelle des constitutions de dot, et des plus fréquentes dans la pratique du notariat, est la clause d'imputation sur la succes-

1. Notons dès maintenant, car nous aurons à y revenir lorsqu'il s'agira de savoir si la communauté est ou non une personne morale, que, d'après une jurisprudence approuvée par la grande majorité des auteurs, le concours de la femme à l'acte valide dans tous les cas les libéralités interdites au mari par l'art. 1422.

2. Pau, 15 juin 1891 ; D. 92. 2. 157.

sion du prémourant. Elle permet aux parents qui veulent constituer une grosse dot à leur enfant de se réserver cependant des ressources suffisantes pour leur vieillesse. Cette clause exigera également le consentement de la femme, dont elle engage les propres pour la moitié pendant le mariage, et même éventuellement pour le tout si elle prédécède.

Il en sera encore ainsi au cas de partage d'ascendants. S'il s'agit d'un « partage conjonctif », c'est-à-dire si les père et mère réunissent tous leurs biens en une seule masse pour les donner à leurs enfants communs par acte entre vifs, il est évident que l'intervention de la femme est nécessaire. Mais supposons qu'il ne soit question que des biens du mari ; si celui-ci veut comprendre dans l'opération tous ses biens présents et à venir, notamment la part qu'il est appelé à recueillir dans la communauté, l'efficacité, la sûreté de ce partage dépend de l'approbation de la femme : celle-ci ne peut être dépouillée, à son insu, de son hypothèque légale sur les conquêts de communauté et sur les propres de son mari, soit présents soit futurs ; et chacun des héritiers serait exposé à se voir évincer d'un immeuble mis dans son lot, soit par la femme soit par un tiers subrogé à l'hypothèque. Ainsi, on aboutit à cette conclusion que le mari ne

peut faire seul un partage d'ascendants que si ce partage comprend uniquement des meubles.

Enfin, l'action des deux époux apparaît encore nécessaire pour faire sortir toute leur utilité à certains contrats devenus aujourd'hui d'un usage courant : nous voulons parler des assurances sur la vie. Le mari ne peut pas se constituer à lui-même un capital à venir, au moyen de primes prises sur le fonds commun, sans devoir une récompense de ces primes qui se trouvent avoir été déboursées à son profit personnel. Mais cela détruit en grande partie l'avantage de l'opération. Les époux pourront éviter cette conséquence par leur concours à l'acte, en contractant ensemble une assurance sur la vie réversible sur la tête du survivant, qui aura ainsi un droit personnel et exclusif au capital assuré sans avoir à payer de récompense. Dans de nombreux arrêts, la jurisprudence, en effet, présume l'intention libérale réciproque¹ ; et, que cette assurance ait été contractée par deux polices ou par une police unique, elle décide que ces deux donations sont valables comme accessoires d'un contrat à

1. En ce qui concerne les aliénations moyennant une rente viagère, la jurisprudence, on ne voit pas trop pourquoi, déclare au contraire que les donations ne se présument pas et repousse la solution admise ici.

titre onéreux aux termes de l'article 1973, et ne constituent pas par suite une donation mutuelle prohibée par l'article 1097¹.

* * *

La conclusion à dégager des pages qui précèdent apparaît maintenant en plein relief. La communauté entre époux est bien une société, et il ne peut être question, sous l'empire du Code civil, de dire le mari propriétaire du patrimoine commun. Comme chef de la communauté, il possède certes des pouvoirs extrêmement larges, excessifs même, mais qui ne sont pas sans limites. Et il y a plus : dans la plupart des cas où il s'agit pour le mari d'accomplir un acte important, ou engageant gravement la communauté, il lui faudra obtenir l'approbation de sa femme ; car, pratiquement, son consentement et son concours lui seront nécessaires. En un mot, dans cette société conjugale où le Code civil semble ne vouloir qu'un maître, la pratique nous montre deux collaborateurs.

1. Douai, 31 janv. 1876 : S. 77. 2. 33 ; Cass., 28 mars 1877. 1. 393 et les notes de M. Labbé ; Amiens, 18 mai 1897, D. 93. 2 369. — Toutefois, la Cour de Rennes, 19 février 1888, S. 89. 2. 121, a analysé cette opération comme un contrat aléatoire. à titre onéreux entre époux. Cf. GUILLOUARD, II, 1016.

CHAPITRE II

THÉORIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE ¹ DE LA COMMUNAUTÉ. — RÉFUTATION.

A une exception près (les sociétés en participation) toutes les sociétés de commerce sont considérées comme personnes morales ; c'est pour elles une règle d'origine immémoriale.

1. La notion de personnalité civile, telle qu'elle a été comprise dans la doctrine traditionnelle, est vivement attaquée depuis quelques années. On a dit que « la personnification des sociétés n'est qu'une forte concentration des droits individuels, elle est une fiction de personnalité et non pas la création d'un être moral absolument distinct des individus ». (LABBÉ, note dans Sirey, 81. 2. 249.) — « L'idée de personnalité fictive, dit M. Planiol (*Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e édit., I, 3017), est une conception simple, mais superficielle et fautive qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle. Sous le nom de *personnes civiles*, il faut entendre l'existence de biens collectifs, à l'état de masses distinctes, possédées par des groupes plus ou moins nombreux et soustraites à la propriété individuelle. » Cf. aussi sur cette question : GENY, *Méthode d'interprétation*, p. 135-140; et *supra*, chap. IV. — Quelle que soit, d'ailleurs, l'idée qu'on se fasse de la personnalité morale, la situation envisagée continuera à produire les mêmes effets. En employant ici la terminologie classique, nous n'avons nullement l'intention de prendre parti en faveur de l'existence d'un être métaphysique ; nous ne nous servons des expressions traditionnelles que parce qu'elles sont encore courantes, et, au demeurant, commodes.

Il en est de même pour les sociétés minières (arg. art. 8 de la loi du 21 avril 1810) et pour les sociétés civiles à forme commerciale. Bien qu'une partie de la doctrine résiste encore à cette innovation, la jurisprudence constante de la Cour de cassation, tranchant un débat qui menaçait de s'éterniser, reconnaît, depuis un arrêt du 23 février 1891, la personnalité juridique aux sociétés civiles ordinaires ¹. Donc toute société, qu'elle soit commerciale ou morale, constitue aujourd'hui une personne civile. Que décider pour la communauté conjugale, véritable société de biens entre les époux ?

Comporte-t-elle, comme les autres sociétés l'existence d'une personne fictive, d'un être moral se plaçant entre les conjoints, possédant les choses communes, ayant un droit de propriété sur le fonds commun distinct de celui des époux, des créances et des dettes distinctes et l'usufruit de leurs biens personnels ?

La personnalité civile de la communauté a été soutenue, surtout dans les premiers ouvrages sur le Code civil et notamment par Duranton, Troplong, Proudhon, et Marcadé et Paul Pont ² ; elle a été plusieurs fois consacrée, à

1. Cass., 23 février 1891, D. 91. I. 337 ; Cass., 2 mars 1892, D. 93. I. 169 ; Cass., 2 janv. 1894, D. 94. I. 81.

2. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code*

leur époque, par la jurisprudence. Mais presque tous les auteurs qui font actuellement autorité s'accordent pour rejeter cette doctrine ¹, et les arrêts récents n'y font plus allusion. S'il faut, en effet, reconnaître que, parmi les arguments invoqués par les partisans de la personnalité, il en est qui méritent de fixer l'attention, il y a cependant de très fortes raisons pour décider que la communauté ne constitue pas un être moral.

A la vérité il semble bien tout d'abord que le régime en communauté aboutisse à une situation analogue à celle créée par la fiction de personnalité. Le mot de communauté, on ne peut le nier, évoque à l'esprit l'idée d'une masse de biens mis à part dans un but déterminé, masse affectée aux besoins du ménage, soumise, quant à son administration, à des règles spéciales, différentes de celles qui gouvernent les autres biens des époux, et qui, en principe, ne sera partagée qu'à la dissolution de l'association conjugale. D'ailleurs les textes et les interprètes ne nous parlent-ils pas de l'actif et

civil, XIV, 96 ; TROPLONG, *Contrat de mariage*, 306 et ss. ; PROUDHON, *De l'usufruit*, I, 279, 287, 1767 et 2684 ; MARCADÉ et Paul PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 1401-1.

1. GUILLOUARD, I, 345 ; AUBRY et RAU, § 505-2 ; BAUDRY-LACANTINERIE, I, 250 ; HUC, IX, 73 ; LAURENT, XXI, 197, XXII, 8 ; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, VI, 18 bis.

du passif de la communauté, de ses créances et de ses dettes distinctes de celles des conjoints; en un mot du troisième patrimoine que ce régime fait surgir entre les époux ?

Les partisans de la personnalité civile de la communauté font en outre remarquer, avec quelque raison, que certaines dispositions du Code ne peuvent guère s'expliquer autrement.

Ainsi, aux termes de l'article 1410, les créanciers de la femme, dont la créance n'est pas constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage, sont privés de tout recours sur la masse commune ¹, et ne peuvent poursuivre leur paiement que sur la nue propriété de ses immeubles personnels. Et il est certain que cette exclusion ne se justifie parfaitement que dans l'hypothèse où le fonds commun constitue une universalité juridique, dont un être moral

1. La même solution est imposée par l'art. 1409-1° en ce qui concerne les créanciers dont la créance, à raison de sa nature immobilière, n'est pas à la charge de la communauté, du moins s'il s'agit des dettes immobilières de la femme; pour celles du mari, en effet, le paiement pourra en être poursuivi contre la communauté, puisque le patrimoine du mari et celui de la communauté sont confondus en un seul. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il ne peut s'agir que du paiement des dommages et intérêts pour retard et inexécution, ainsi que des frais du procès ; car, par sa nature même, la dette immobilière ne peut être exécutée, de toute évidence, que par celui qui est propriétaire des immeubles sur lesquels elle porte : lui seul peut en détacher la parcelle indéterminée objet de l'obligation.

est propriétaire et non les conjoints. Les biens qui tombent en communauté doivent être alors considérés comme aliénés par chaque époux au moment du mariage, et passant pour le tout de son patrimoine dans celui d'une personne nouvelle ; par conséquent, les créanciers chirographaires n'ayant pas de droit de suite sur les biens que leur débiteur a aliénés, les créanciers de la femme qui ne sont pas devenus créanciers de la communauté ne pourront pas poursuivre dans l'actif commun les biens qui y sont entrés du chef de leur débiteur.

On peut, de même, légitimement soutenir que la communauté se comporte comme une tierce personne quand, selon les expressions de Trolong, « elle apparaît comme un dépositaire, pour rendre ce qu'elle a reçu, en vertu de l'action en reprise qui s'exerce contre elle à la dissolution. » Et plus loin, le même auteur ajoute : « La communauté se dessine encore comme tierce personne dans la situation que voici: le mari et la femme conjointement avec un étranger contractent une dette envers un créancier. Croit-on que l'obligation sera tripartite, qu'il y aura un tiers pour le mari, un tiers pour la femme, un tiers pour l'étranger ? Non, la communauté doit la moitié et l'étranger doit la moitié. Le mari et la femme,

réunis dans une même personnification, ne valent que pour une part. ¹ »

Enfin, l'article 1401-2° comprend dans l'actif de communauté la jouissance de tous les biens qui restent propres aux époux, et, malgré quelques différences de détail, il n'est guère douteux, surtout en présence de l'article 1403 qui renvoie aux règles édictées au titre *De l'usufruit*, que ce ne soit là un véritable usufruit. Mais on a fait remarquer avec raison qu'on n'a point d'usufruit sur ses propres biens, et que, la fiction de l'être moral étant écartée, il faudrait supposer les époux propriétaires et usufruitiers des mêmes biens, ce qui ne saurait se concevoir.

Sur ces divers points, la notion de personnalité fournit certes des explications satisfaisantes, et ses adversaires les plus déterminés sont obligés d'en convenir ². Nous croyons cependant qu'il est impossible de l'adopter, non seulement pour les conséquences, unanimement rejetées, qu'elle entraînerait, mais aussi, et tout d'abord, pour une raison de principe.

Bien que M. Boistel soit d'avis que « la personnalité morale de la société conjugale est

1. TROPLONG, *Contrat de mariage*, I, 315 ; *ibid.*, 316.

2. Cf., notamment, BAUDRY-LACANTINERIE, *Du contrat de mariage*, I, p. 383.

plus fortement réalisée que celle d'aucune autre société, que la personne morale se compose du faisceau des volontés des associés en tant qu'elles concourent au but social, et qu'entre les époux l'union est la plus intime qui puisse exister entre deux êtres humains ¹ », il y a, nous semble-t-il au contraire, contradiction entre l'idée de personne civile et le fait d'une communauté conjugale.

Dans notre droit, en effet, la notion de personnalité s'attache exclusivement à certains groupements constitués en vue d'un but en dehors des associés, indépendant en quelque sorte de la volonté individuelle et des intérêts particulier des membres qui les composent ; il est alors tout naturel de personnifier dans un être moral l'organisation nécessaire pour réaliser cette volonté du groupe, distincte des volontés particulières. Mais, dans la communauté, il est impossible de rencontrer ou même d'imaginer un organisme dirigeant qui réaliserait une volonté distincte de la volonté individuelle de chaque époux, et par conséquent du mari lui-même ; et, en tant qu'elle se séparerait de celle du mari, cette volonté commune serait absolument contraire à l'idée, qui est encore celle du Code, que le mari est seigneur et maître du

1. BISTEL, *Philosophie du droit*, t. II, page 87;

fonds commun. Convient-il, d'ailleurs, d'appliquer cette fiction inventée pour les besoins du commerce à la communauté entre époux, dont le but n'est point essentiellement lucratif, dont l'esprit est de confondre dans une large mesure les intérêts des conjoints et de leur faire partager la bonne et la mauvaise fortune ?

En outre, dans notre droit français, la personnalité juridique ne naît pas spontanément par le seul fait qu'une collectivité remplit les conditions qui caractérisent la personne morale ; c'est un principe que la loi seule peut créer un être moral, qu'il est nécessaire que, tout au moins implicitement, elle reconnaisse son existence juridique. En ce qui concerne la communauté entre époux, peut-on trouver dans le Code cette reconnaissance ?

A cet égard on a beaucoup argumenté sur les nombreux textes qui parlent des biens de la communauté, de son actif, de son passif, des créances et des dettes de la communauté envers chaque époux. Les mots de l'article 1399 : « La communauté... commence du jour du mariage », de l'article 1441 : « La communauté se dissout... », de l'article 1401 : « La communauté se compose activement :... », et encore des articles 1411 : « ... sont à la charge de la communauté », 1468 : « Les époux... rapportent à la masse... tout ce dont ils sont dé-

bitéurs envers la communauté », et 1483 : « La femme n'est tenue des dettes de la communauté. . . . », prouvent, disent les partisans de la personnalité, que les rédacteurs du Code ont évidemment voulu considérer la communauté comme un être distinct des personnes des époux ¹.

Ces textes, à la vérité, ne fournissent qu'une induction extrêmement faible en faveur de la personnalité, et peuvent s'entendre tout aussi bien si on la repousse. Les anciens auteurs se servaient tous de ces expressions, qui sont courantes aujourd'hui, et n'admettaient pas cependant la personnalité de la communauté ². « Les rédacteurs du Code, dit M. Guillouard, comme les jurisconsultes anciens et comme les jurisconsultes modernes, emploient le mot communauté pour désigner les époux communs en biens, par opposition aux époux envisagés individuellement, comme propriétaires de leur patrimoine non mis en commun ; mais ce n'est là qu'une forme plus commode de langage qui ne résout en rien la question que nous examinons ³. »

1. Voy. également les art. 1410, 1472, 1488, 1482, et surtout l'art. 1508 : « L'ameublement. . . ne rend point la communauté *propriétaire* » dont on tire un argument *a contrario*.

2. V. *supra*, 1^{re} partie, chap. II, § 2.

3. GUILLOUARD, I, 345.

En sorte que le mot communauté, qui, dans le langage du droit et de la loi, signifie tantôt le fonds commun entre les époux, comme lorsqu'on dit que la communauté se compose activement de tels biens (art. 1401), tantôt le fait même de l'association conjugale, comme lorsqu'on énonce que la communauté commence avec le mariage (art. 1399), prend une troisième acception dans ce même langage du droit et de la loi, et désigne aussi les époux eux-mêmes en tant que communs en biens ³.

Ainsi, la personnalité morale de la communauté n'est impliquée d'une façon certaine dans aucun texte, et on en peut d'ailleurs trouver qui la démentent dans ses principales conséquences.

La plus importante, celle en somme d'où découlent toutes les autres, est de constituer les biens communs en universalité juridique, c'est-à-dire en un patrimoine à part, complètement indépendant des patrimoines personnels des associés, et appartenant à un être moral absolument distinct de leurs personnes. Et cette séparation produit son effet surtout au point de vue des dettes, qui seront affectées, selon leur origine, à des masses différentes.

3. Cf. RODIÈRE et PONT, *Traité du Contrat de mariage*, I, 334.

Dans la communauté conjugale, la situation est tout autre. Sans doute le fonds commun se distingue des patrimoines qui restent propres aux époux, mais, si cette séparation dépendait d'une idée de personnalité juridique, elle devrait aussi bien se produire pour le patrimoine du mari que pour celui de la femme. Or, tant que dure la communauté, il y a, tout au contraire, confusion absolue entre le patrimoine de communauté et celui du mari ; non seulement confusion de fait, mais même de droit : tout créancier du mari a action sur la masse commune, et réciproquement tout créancier de la communauté peut poursuivre son paiement sur les biens propres du mari.

On pourrait il est vrai, pour les dettes contractées pendant le mariage, trouver une raison très plausible de cette solution de la loi dans l'impossibilité où seraient les tiers de distinguer les dettes personnelles du mari des dettes de la communauté. Mais, pour les dettes du mari antérieures au mariage qui lui restent personnelles (dettes immobilières), ce droit des créanciers sur les biens communs est, dans le système de la personnalité, une anomalie injustifiable.

Au surplus, si la communauté est pendant le mariage un être moral, il est impossible de comprendre comment, par le seul fait de la renonciation de la femme, cet être moral dispa-

raît pour faire place à la seule personnalité du mari.

En somme, la situation du mari dans la communauté est incompatible avec la notion de personnalité. Son rôle prépondérant dans la société conjugale, les pouvoirs exorbitants que lui attribue la loi sur la masse commune font apparaître à chaque instant la confusion qui s'établit à l'égard des tiers entre le patrimoine de communauté et ses biens personnels ; ce qui exclut jusqu'à la possibilité d'une troisième personne fictive entre les époux, car, si elle existait, c'est surtout à l'égard des tiers qu'elle devrait se manifester.

Mais il y a plus encore : la jurisprudence, d'accord avec la grande majorité des auteurs, repousse les conséquences les plus certaines qui, en matière de communauté, découleraient de l'idée de personnalité.

Nous avons établi, dans notre introduction, que le débat sur la nature de la communauté présente un grand intérêt pratique au point de vue de l'application de l'article 1422 qui interdit au mari, sur les biens communs, certains actes entre vifs à titre gratuit. Dans le système de la personnalité, il faudrait nécessairement décider, ainsi que nous l'avons vu, que les prohibitions édictées par cet article sont absolues, et le résultat du partage ne saurait avoir d'influence sur le sort de l'acte.

Supposons, en effet, que le mari ait fait seul une donation d'immeuble commun par exemple : nul doute que cette libéralité ne soit frappée d'inutilité. La masse commune n'appartenant pas aux conjoints, mais à une personne civile distincte, l'indivision commence seulement à la dissolution de la communauté, et c'est seulement à cette époque que remonte, en vertu de l'article 883, le droit de propriété de chaque époux sur les biens qui lui sont échus par le partage. Par conséquent, quel que soit l'événement du partage, le mari n'aura jamais été, pendant le mariage, propriétaire de l'immeuble donné ; il n'a pu agir qu'en qualité d'administrateur et dans les limites de ses pouvoirs, et, en violant l'article 1422, il a disposé sans droit de la chose d'autrui. Il faudrait donc lui permettre, en sa qualité de gérant, de poursuivre, immédiatement et pour le tout, la nullité de l'acte ainsi accompli.

Et, ce qui serait plus grave, il ne pourrait même pas être validé par l'adhésion de la femme. Nul autre, en effet, que l'administrateur d'une personne civile n'a de pouvoirs sur les biens qui composent le patrimoine de cet être moral ; l'intervention de la femme ne saurait augmenter les pouvoirs d'administration du mari,

La question est aujourd'hui tranchée en jurisprudence¹ : les donations conjointes d'immeubles de communauté par le mari et par la femme sont reconnues valables, et la doctrine est presque unanimement en ce sens. On fait observer avec raison que ce serait étendre à la communauté, qui est par essence un régime de liberté et de libre disposition, une inaliénabilité partielle, restreinte, analogue à l'inaliénabilité dotale². On reconnaît, en définitive, que la donation sortira son plein effet parce qu'elle a été accomplie par les deux personnes qui, pendant le mariage, ont la propriété exclusive de l'objet donné.

Même quand la femme n'a pas concouru à l'acte, on admet généralement qu'il ne peut être attaqué pendant la durée de la communauté³. La donation, en effet, n'est interdite au mari seul que dans l'intérêt de la femme ; et comme les actions de l'épouse relatives aux biens communs sommeillent durant le mariage, elle ne pourra agir qu'à la dissolution, pourvu toutefois qu'elle accepte. Quant au mari, dans l'igno-

1. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1850, D. 1850, I. 97.

2. Cf. GUILLOUARD, II, 702.

3. M. Colmet de Santerre (VI, 66 *bis*), bien qu'adversaire de la personnalité morale de la communauté, admet cependant que le mari peut intenter l'action en nullité pendant le mariage. Cette opinion n'a pas prévalu.

rance du parti que prendra la femme à la dissolution, on ne concevrait pas qu'il pût intenter l'action en nullité avant ce moment, puisque, si la femme renonçait, la libéralité serait parfaite comme ayant été consentie par le seul propriétaire. Bien plus, lorsque la femme accepte la communauté, on décide justement que le sort de l'acte dépendra du résultat du partage : inattaquable si l'immeuble est mis au lot du mari, la libéralité sera nulle s'il tombe dans celui de la femme. C'est en somme, là encore, admettre que les biens communs sont, pendant le mariage, la propriété des conjoints et non d'un être moral distinct.

Il nous reste à examiner une conséquence de l'idée de personnalité, extrêmement importante pour les tiers.

Si la communauté est un être moral, elle a un patrimoine propre, elle a aussi des créanciers propres. Et, par suite de l'application de l'article 2092, l'actif du patrimoine séparé reste affecté de plein droit aux dettes afférentes à ce patrimoine. Il faut alors admettre que les créanciers de la communauté auront, sur les biens communs, le droit de primer les créanciers personnels des conjoints.

Tant que dure la communauté, cet intérêt pratique ne peut, il est vrai, se présenter, parce que les droits des divers créanciers sont soigneusement déterminés par la loi.

C'est ainsi, tout d'abord, que la question ne peut se poser à l'égard des créanciers dont les droits sont nés pendant le mariage. Il ne peut, en effet, y avoir conflit entre les créanciers du mari et ceux de la communauté, toute dette de celui-ci étant dette de la communauté, et réciproquement (art. 1409-2°). Quant aux créanciers de la femme, si la dette a été contractée avec le consentement du mari, elle est dette de communauté (art. 1409-2°) ; sans ce consentement la femme ne peut obliger les biens communs, et par suite ses créanciers ne peuvent entrer en lutte avec les créanciers de la communauté (art. 1426).

En ce qui concerne les créanciers personnels des époux antérieurs au mariage, la question n'a pas non plus d'intérêt, car, ici encore, nous trouvons des principes spéciaux à notre matière qui suffisent pour résoudre toutes les difficultés. D'ailleurs sous le régime légal ils seront créanciers de la communauté, à moins qu'il ne s'agisse de dettes immobilières, ce qui sera assez rare, ou de dettes de la femme n'ayant pas acquis date certaine au jour du mariage. L'exclusion de la communauté pourra résulter cependant de deux clauses conventionnelles très fréquentes : la *séparation de dettes*, que la communauté réduite aux acquêts implique nécessairement, et la *déclaration de franc et quitte*.

Mais, pendant toute sa durée, les créanciers personnels du mari antérieurs au mariage peuvent toujours, même s'ils ne sont pas devenus créanciers de la communauté, poursuivre leur paiement sur tout le patrimoine commun. En effet, les pouvoirs que leur débiteur possède sur ces biens, en vertu de l'article 1421, sont tels que lui-même pourrait les employer à désintéresser ses propres créanciers, et ce que le mari peut faire ainsi, ses créanciers peuvent évidemment le faire de son chef. Quant aux dettes de la femme qui ne tombent pas en communauté, on doit admettre un principe inverse, parce qu'elle n'a pas le droit, même d'une manière indirecte, de disposer de l'actif commun ; par conséquent, elles ne pourront être recouvrées que sur la nue propriété de ses biens personnels. Cette solution est d'ailleurs celle de l'article 1410 al. 2 pour les dettes de la femme qui n'ont pas date certaine antérieure au mariage. — En présence d'une clause de séparation de dettes, il faut, avec l'article 1510, distinguer s'il a été fait ou non un inventaire du mobilier : au cas où il n'a pas été fait d'inventaire, les créanciers de chaque époux ont action sur la totalité des biens communs ; dans l'hypothèse contraire, les créanciers de la femme ne pourront s'attaquer, dans l'actif commun, qu'au mobilier inventorié ; quant à ceux du

mari, bien que ce soit controversé, nous croyons, pour la raison donnée plus haut, qu'ils pourront, ici encore, se faire payer sur tous les biens communs sans distinct on¹. Enfin, la clause de franc et quitte n'est jamais opposable aux créanciers (art. 1513, al. 1); elle n'empêche pas ceux du conjoint, fût-ce la femme, dont l'apport a été déclaré franc et quitte, de pouvoir poursuivre leur paiement sur toute la communauté.

Mais si, en raison de la réglementation minutieuse apportée par la loi sur ce point, la question du droit de préférence n'offre pas d'intérêt pratique pendant toute la durée de la communauté, cet intérêt peut très bien surgir lors de sa dissolution. A ce moment, en effet, la séparation des patrimoines doit s'affirmer à l'égard des créanciers personnels des époux, en ce sens que, tant que dure la liquidation, les créanciers de la communauté pourraient prétendre que l'actif commun reste leur gage exclusif. Et il faut remarquer que ces créanciers personnels seront peut-être fort nombreux; car, à tous ceux dont la créance naîtrait entre le jour de la dissolution et le partage définitif, s'ajouteront non seulement les créanciers personnels de la femme qui auraient préféré atten-

1. En notre sens: GUILLOUARD, III, 1587-1589.

dre plutôt que d'agir sur la nue propriété de ses propres, mais encore ceux du mari dont la créance n'est pas, exceptionnellement, dette de communauté, et qui auraient négligé de se faire payer pendant le mariage.

La jurisprudence décide¹ et la plupart des auteurs enseignent que ce droit de préférence doit être refusé aux créanciers communs. « Si la communauté est une personne morale, dit M. Guillouard, voici la conséquence grave qui va découler de cette qualité : les tiers, créanciers de la communauté, n'auront pas à subir le concours des créanciers personnels de chacun des époux, mais ils leur seront préférés, de même que les créanciers d'une société commerciale ont un droit de préférence sur l'actif social avant les créanciers des associés. Or cette conséquence, inévitable dans le système de la personnalité de la communauté, est en contradiction avec tous les textes : avec les articles 1474 et 1476, qui attribuent à chacun des époux la moitié de l'actif de communauté, comme s'il s'agissait du partage d'une succession ; et avec les articles 1482 à 1484, qui mettent les dettes de communauté à la charge personnelle des

1. Depuis un arrêt de la Cour de cassation (arrêt Barcon) du 18 avril 1860, D. 60, 1. 185. Cf., pour les détails sur cet arrêt, Butel : *Etude critique sur l'idée de personnalité civile de la communauté*, Thèse, Paris, 1901.

époux, dans la proportion de l'actif qu'ils recueillent. Ajoutons que le Code, qui permet aux créanciers d'une succession d'exclure le concours des créanciers personnels des héritiers au moyen de la séparation des patrimoines, n'offre aucun bénéfice analogue aux créanciers de la communauté¹ ». Rien ne servirait, au surplus, d'alléguer l'intérêt des créanciers communs : celui des créanciers antérieurs au mariage, celui des créanciers qui, ayant traité avec la femme autorisée seulement en justice, veulent après la dissolution se faire payer sur les biens communs, mérite certainement autant d'égards.

Il ne faudrait pas confondre, d'ailleurs, le bénéfice d'émolument accordé à la femme par l'article 1483, avec le bénéfice d'inventaire, établi en matière de succession. A l'encontre de ce dernier, il n'aboutit nullement à opérer une séparation des patrimoines; il n'empêche pas la confusion des biens communs avec les biens propres de la femme, et celle-ci, au contraire de l'héritier bénéficiaire, a le droit, sans encourir de déchéance, de vendre les biens compris dans son lot, comme il lui plaît et à l'amiable, aucun texte ne l'obligeant à recourir aux formalités judiciaires ; elle est seulement tenue de résér-

1. GUILLOUARD, I, 345.

ver sur l'ensemble de ses biens une somme suffisante pour parer à cet émolument, c'est-à-dire de représenter aux créanciers communs une valeur égale à ce qu'elle a recueilli dans le partage.

* * *

En somme, la personnalité morale de la communauté n'est impliquée d'une façon certaine dans aucun texte, et elle aboutirait à des conséquences qu'on s'accorde à reconnaître comme peu en harmonie avec l'idée générale de notre régime matrimonial. Les rapports pécuniaires entre époux ne nécessitent pas davantage cette fiction. On comprend qu'elle soit utile en présence d'un groupement regardé, dans son unité, comme indépendant des membres qui le composent ; ayant une vie propre, à tel point qu'il puisse parfois survivre au changement et même à la disparition de tous ses membres ; tendant à un but en dehors et au-dessus des associés, but auquel est affecté un patrimoine nettement séparé. Mais dans la communauté, rien de pareil ; il s'agit purement et simplement d'une association entre deux personnes, fondée sur un lien exclusivement personnel, sur l'intimité de la vie et la cohabitation des associés ; son but est uniquement d'assurer la vie et le bien-

être des conjoints et de leur famille, c'est dire qu'il se confond avec leur intérêt immédiat et actuel. La notion de personnalité répond à d'autres besoins et suppose une tout autre situation.

CHAPITRE III

SYSTÈME DE LA COPROPRIÉTÉ INDIVISE. SON INSUFFISANCE.

La communauté n'est pas une personne civile ; cela nous est acquis désormais. De là il résulte nécessairement que, la masse commune ne pouvant être envisagée comme le patrimoine d'une tierce personne fictive distincte d'eux, les conjoints en sont propriétaires pendant le mariage.

La doctrine française en conclut que les biens communs sont l'objet d'une copropriété indivise entre le mari et la femme, et se contente d'ailleurs de cette démonstration négative¹.

1. M. Laurent (*Principes*, XXII, 9), adversaire déterminé de la personnalité morale de la communauté, veut tirer argument de l'article 1423. Lorsque le mari lègue un conquêt, le legs est valable si l'immeuble tombe dans le lot de ses héritiers ; c'est donc, dit-il, que le partage rétroagit pour chaque bien au jour de son acquisition, et que, dès le temps du mariage, les époux étaient en indivision. Mais cet article peut aussi bien s'expliquer dans la théorie adverse : le mari qui lègue un conquêt, fait par testament et pour le temps de sa mort libéralité d'un bien qu'il est appelé éventuellement à acquérir à ce moment-là même, la moitié des biens de l'être

On aurait donc tort, sous le régime en communauté, de parler de trois patrimoines. En réalité il n'en faudrait considérer que deux : celui du mari et celui de la femme; dans chacun desquels se trouve compris un élément indivis, c'est-à-dire la part qui appartient à chaque époux dans les biens de la communauté.

Mais, si cette notion d'indivision s'applique sans difficulté au droit des héritiers sur les objets dépendant d'une succession, en est-il de même en notre matière ?

Sans doute, en ce qui concerne l'article 1422, elle aboutit, comme nous l'avons vu, à des conséquences parfaitement en harmonie avec la conception générale de notre régime matrimonial. Sans doute encore, elle conduit à refuser aux créanciers communs un droit de préférence qu'aucun texte ne leur reconnaît, et que rien, en équité, ne justifierait. Nous pensons cependant qu'elle ne peut suffire, à elle seule, à expliquer toutes les règles de la communauté, à rendre compte de tous ses effets. Même, elle nous paraît, sur plusieurs points, en contradiction absolue avec certaines dispositions de la loi, et aussi avec quelques décisions très im-

moral devant lui être transférée précisément à l'instant où la communauté se dissoudra. L'utilité de l'article 1423 est de décider que, si le bien légué ne tombe pas au lot des héritiers du mari, ceux-ci devront en payer la valeur au légataire.

portantes de la jurisprudence, qu'approuvent presque tous les auteurs.

Cette insuffisance de la notion de copropriété indivise des époux sur le fonds commun est déjà très sensible si l'on examine la communauté tant qu'elle existe ; elle devient évidente quand on la considère dans la période qui s'écoule entre sa dissolution et le partage définitif. Nous serons, en effet, amené à constater que de nombreuses règles imposées par le Code, ou constamment suivies par la pratique, ne peuvent s'expliquer qu'en supposant la communauté survivant à sa dissolution, dans une certaine mesure, pour les besoins de la liquidation ; et c'est là une situation qui ne résulte jamais de l'idée d'indivision, mais qui, au contraire, se concevrait fort bien si on reconnaissait à la communauté, pendant le mariage, une existence analogue à celle qui découlerait de la personnalité civile.

Nous étudierons donc successivement les deux points suivants : 1° différences entre la communauté pendant le mariage et l'indivision normale ; 2° survivance partielle de la communauté après sa dissolution.

§ 1^{er}

*Différences entre la communauté pendant
le mariage et l'indivision normale.*

Si l'on doit s'en tenir à l'idée d'un droit de copropriété des conjoints sur la masse commune pendant le mariage, force est de reconnaître cependant qu'il ne peut être question que d'une copropriété toute spéciale, et, dans son ensemble, très différente de celle qui s'établit normalement dans les autres cas, notamment entre cohéritiers.

Dans ce dernier cas, en effet, on se trouve en présence d'une situation véritablement anarchique, pour ainsi parler, pleine d'inconvénients et de dangers. Le pouvoir individuel de chacun se limite à sa quote-part arithmétique dans l'objet indivis¹, mais, sur cette part, il a les pouvoirs absolus d'un propriétaire exclusif et en peut disposer à son gré. Seulement, s'il est nécessaire d'agir sur la chose commune, non pas même pour l'aliéner avantageusement, mais simplement pour une innovation ou une

1. « On doit se représenter le droit de chaque copropriétaire comme frappant chaque molécule de la chose, et y rencontrant le droit de ses copropriétaires pour la quotité qui appartient à ceux-ci. » PLANIOL, *op. cit.*, I, 2497.

amélioration, aucun des indivisaires ne le pourra seul : il faudra le consentement de tous, et, de nombreuses fois, l'accord se fera difficilement ou ne se fera pas ; il y aura des résistances et des mauvais vouloirs : d'où des procès, d'où aussi une cause d'arrêt dans la production et une entrave à la circulation des richesses. Aussi le législateur ne considère-t-il l'indivision ordinaire que comme un état transitoire qui doit prendre fin le plus tôt possible ; il semble ne la tolérer que comme un mal inévitable, et il appelle de tous ses vœux le partage qui rendra à chacun sa liberté : c'est pour cela qu'il ne permet pas de s'obliger à rester dans l'indivision pendant plus de cinq ans (art. 819). Et en attendant, il s'efforce à la fois de soustraire la part éventuelle de chacun au pouvoir des autres et de la subordonner par avance à son futur propriétaire ; tel est le but de l'effet rétroactif du partage inscrit dans l'article 883. En définitive, la copropriété indivise se caractérise surtout par ces trois effets que nous avons déjà énoncés¹ : 1° droit au partage pour chacun des copropriétaires quand il le désirera et par l'effet de sa seule volonté ; 2° droit de chaque copropriétaire de disposer de sa part dans

1. V. l'introduction. — Cf. Saleilles, *Histoire des sociétés en commandite*, n° 55.

l'indivision quand et comme il voudra, et de grever cette part, dès maintenant et sans attendre le partage, de tels droits réels qu'il le jugera bon ; 3° enfin, confusion complète entre la part indivise de chaque copropriétaire et les objets qui constituent le reste de son patrimoine.

Tout autre apparaît dans le Code civil la communauté entre époux pendant le mariage. Elle constitue un état organisé, et fortement organisé par la concentration de tous les pouvoirs aux mains d'un seul. Ainsi disparaissent les graves inconvénients habituels de la copropriété ordinaire ; mais, par contre, nous n'allons pas retrouver les caractères essentiels de cette copropriété dans la communauté conjugale.

D'abord quant au droit de chaque copropriétaire de disposer librement de sa part. — Le mari a seul, en effet, le droit d'agir, dans une très large mesure, sur la masse commune, presque, vis-à-vis des tiers, comme s'il en était le propriétaire exclusif ; et ce droit de disposition, qu'on le remarque bien, ne s'étend pas seulement sur la quotité à laquelle il peut prétendre actuellement dans chaque objet commun, il s'étend à l'ensemble du patrimoine de communauté, à la part de sa femme comme à la sienne. Pour celle-ci, au contraire, sa part en commu-

nauté est absolument indisponible, au moins pour le temps du mariage ; et même, si, par des moyens indirects, l'épouse peut, dans la pratique, s'opposer à certains actes du mari en refusant de s'y associer, ce simple droit de contrôle n'est supposé par aucun texte du Code.

Il y a là, entre l'organisation de la communauté et l'état normal d'indivision, une contradiction grave. Elle n'a pas échappé à M. Laurent, qui a cependant soutenu avec une intransigeance particulière l'idée, dans notre droit français, d'une copropriété des époux sur le fonds commun¹. Dans son avant-projet du Code civil belge², cet auteur voulait consacrer ce système ; il lui donne plus de précision dans l'article 1443, ainsi conçu : « La communauté ne forme pas une personne morale. Les époux deviennent copropriétaires par indivis des biens qui entrent en communauté » ; et l'auteur explique que, lorsqu'une personne apporte des biens à une société, elle les aliène, mais que, si la société n'est pas douée de personnalité morale, cette aliénation ne porte que sur une part indivise et se trouve compensée par l'acquisition d'une part indivise dans les biens qu'apporte l'autre associé. Seulement, M. Laurent

1. LAURENT, *Principes*, XXI, 194.

2. LAURENT, *Avant-projet de revision du Code civil belge* t. v, pp. 15 et ss.

corrige, au moins en partie, l'anomalie que nous venons de signaler. Il exige, en effet, le concours du mari et de la femme pour disposer des biens de la communauté et même pour les engager ; et ce n'est que comme exception à cette règle qu'il permet à l'un ou à l'autre des époux d'administrer seul « quand l'un des conjoints est dans l'impossibilité d'agir, par suite d'absence, d'interdiction ou de placement dans une maison de santé » (art. 1453). — Mais dans notre Code civil la contradiction reste entière.

Voici une autre différence. Le partage est la règle et la solution normale de l'indivision ; on l'escompte prochain. Le régime des biens qui est organisé dans la communauté paraît, tout au contraire, extrêmement favorable au législateur, puisqu'il l'impose à tous ceux qui ne font pas de contrat de mariage. Il ne désire pas, ici, un prompt partage ; même il interdit aux conjoints copropriétaires de le demander, car ce serait provoquer une dissolution de la communauté en dehors des hypothèses limitativement prévues par l'article 1441 ; en principe la communauté doit durer autant que le mariage dont elle est l'accessoire. Seule, la femme pourra provoquer le partage. Encore le Code ne lui accorde-t-il cette faveur qu'exceptionnellement, au cas de péril grave pour sa dot dûment constaté par les tribunaux, comme

contrepoids aux pouvoirs excessifs qu'il reconnaît d'autre part au mari sur les biens communs. Tout cela résulte de l'article 1443, dont il importe de noter les termes particulièrement formels : « La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril. . . Toute séparation volontaire est nulle. » Au surplus, ce n'est là qu'une application du principe général de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Enfin, dans l'indivision il y a confusion de patrimoine entre la part de chacun et son patrimoine propre. D'où la conséquence qu'il n'y a pas deux classes de créanciers, qu'il y a uniquement des créanciers personnels des indivisaires, parmi lesquels les créanciers communs pour la quote-part qui appartient à chaque copropriétaire dans la chose indivise; et il s'ensuit que tous ces créanciers, sans distinction, auront en principe¹ le même droit de poursuivre leur paiement tant sur le patrimoine propre de leur débiteur que sur sa part en indivision, sauf, bien entendu, quant aux immeubles, l'effet de l'article 2205 et la nécessité de provoquer le partage.

Dans la communauté entre époux, la

1. En principe, disons-nous, car il faut réserver le cas où un créancier aurait le droit d'être préféré en vertu d'une cause spéciale, privilège ou hypothèque.

situation est très différente. La confusion qui s'établit entre la masse commune et le patrimoine du mari ne se limite pas, en effet, à la part de celui-ci dans le fonds commun ; cette confusion est complète, absolue ; les créanciers du mari, quelles que soient la nature et la date de leurs créances, ont action sur le patrimoine de communauté tout entier, sans avoir à se préoccuper des droits de la femme. Nous avons montré, au chapitre précédent, qu'une telle confusion était en opposition avec l'idée de personnalité ; elle contredit tout autant le système de l'indivision.

A l'égard de la femme, au contraire, on constate une séparation très marquée entre son patrimoine propre et celui de la communauté. Nous avons déjà vu que la loi lui enlève tout droit de disposer de sa part. Il y a plus. Aux termes de l'article 1410 : « La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine... Le créancier de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine avant le mariage, ne peut en poursuivre contre elle le paiement que sur la nue propriété de ses immeubles personnels. » Ces créanciers personnels de l'épouse se trouvent

done exclus sur les biens entrés en communauté du chef de leur débitrice, comme si ces biens avaient été, vis-à-vis d'eux, l'objet d'une aliénation totale. Or, si le patrimoine de communauté était simplement dans l'indivision entre les conjoints, ces créanciers devraient pouvoir poursuivre leur paiement sur la quote-part appartenant à la femme dans la masse indivise ; avec ce système, la décision de la loi est impossible à expliquer. Et c'est cette remarque, principalement, qui a conduit aux deux théories que nous avons précédemment réfutées : aliénation au profit du mari propriétaire exclusif, ou aliénation au profit d'une personne civile ; théories qui, au surplus, s'excluent l'une l'autre.

Mais, sans parler d'aliénation, ni au profit du mari ni au profit d'un être moral, sans qu'il puisse être davantage question d'une véritable séparation de patrimoines au sens précis du mot, les biens qui tombent en communauté entrent cependant, nous le voyons, dans une masse nouvelle, dont les conjoints demeurent certes copropriétaires, à laquelle toutefois incombent uniquement les dettes mises à sa charge par la loi. Il faut reconnaître que le Code paraît ainsi accepter l'idée, indiquée encore en d'autres endroits, non sans doute d'un patrimoine constitué en universa-

lité juridique, mais d'une masse distincte des patrimoines personnels des conjoints, soumise à une organisation spéciale, à des règles très différentes de celles de la copropriété ordinaire. Le patrimoine de communauté semble donc posséder pendant le mariage, sinon une existence juridique absolument séparée, du moins une certaine individualité propre s'opposant à cette conséquence de la pure indivision : la confusion de patrimoines entre la part indivise de chaque copropriétaire et son patrimoine personnel

Il nous reste à montrer que, même après la dissolution de la communauté, cette notion d'indivision ne peut suffire seule à expliquer plusieurs règles suivies pour la liquidation de la masse commune

§ 2

Survivance partielle de la communauté après sa dissolution

Obligés de reconnaître que l'organisation du patrimoine de communauté pendant le mariage modifie, sur les points qui viennent d'être étudiés, les effets ordinaires de l'indivision, les partisans de ce système soutiennent cependant

qu'elle en laisse intacts les éléments essentiels.

S'il en est ainsi, cette organisation disparaissant dès l'instant de la dissolution, les époux¹ doivent donc se trouver, à partir de ce moment, dans l'indivision normale relativement aux biens qui dépendaient de la communauté, c'est-à-dire dans une situation absolument identique à celle de cohéritiers à l'égard du patrimoine d'une succession. Dès lors toutes les conséquences de la notion de copropriété indivise devraient sortir leur plein effet, et, en conformité d'ailleurs de l'article 1476, toutes les règles établies pour les partages entre cohéritiers devraient pouvoir s'appliquer, sans aucune difficulté, aux liquidations de communauté.

Ainsi, tout d'abord, il faudrait, semble-t-il, décider sans hésitation que les articles 873 et 1220, aux termes desquels les créances et les dettes d'une succession se divisent de plein droit entre cohéritiers, sont applicables aux créances et aux dettes de la commu-

1. Dans les explications qui vont suivre, pour plus de brièveté, nous ne parlerons souvent que du mari et de la femme. Mais il doit être entendu que, à moins d'observation contraire, les mêmes droits appartiennent à leurs héritiers ou successeurs à titre universel, lorsque la communauté s'est dissoute par la mort des deux époux ou de l'un d'eux, ou lorsque l'un des conjoints est décédé avant d'avoir fait valoir ses droits.

nauté. Il y a là, en effet, aux yeux du législateur, un moyen de soustraire certains objets du patrimoine indivis à un état qu'il estime fâcheux; de permettre notamment à chacun des cohéritiers de poursuivre le paiement de sa part contre un débiteur qui menace de devenir insolvable, sans avoir à se préoccuper du consentement des autres, peut-être moins diligents ou plus éloignés, à la charge seulement de justifier de sa qualité et de la quotité de son droit.

Mais, en matière de liquidation de communauté, cette solution ne s'impose pas : car la question est vivement débattue entre les auteurs, et la jurisprudence présente quelque incertitude. Toutefois on décide plus généralement que les articles 873 et 1220 ne s'appliquent pas¹. On fait valoir les raisons suivantes. S'il s'agit des dettes, la femme n'est tenue de sa part que dans la mesure de son émolument (art. 1483), et le mari est, de son côté, obligé à la totalité de celles par lui contractées,

1. HUC, IX, 337 ; FUZIER-HERMAN, *Répertoire alphabétique de Droit français*, v^o *Communauté conjugale*, 2194 et ss. — Voy. surtout : DEFRÉNOIS, *Traité pratique et formulaire des liquidations et partages*, II, 4401. — Cass., 24 janv. 1837 S. 37, 1, 106 ; Paris, 10 août 1861, S. 62, 2, 97 ; Bourges, 22 février 1876, S. 76, 2, 135 ; Rennes, 12 nov. 1891, D. 92, 2, 296. — *Contra* : BAUDRY-LACANTINERIE, II, 1138 ; Cass., 18 mars 1890, S. 90, 1, 477. — Cf. également GUILLOUARD, III, 1373.

sauf son recours contre la femme ; à tous ces points de vue il y a donc dérogation implicite au principe de la division des dettes, et c'est sous cette réserve qu'il faut accepter l'article 1482 disposant que « les dettes de communauté sont pour moitié à la charge de chacun des époux ou de leurs héritiers ». Quant aux créances, il résulte des articles 1470 à 1474 qu'elles sont d'abord soumises aux prélèvements des époux, et elles ne deviennent susceptibles de division qu'après qu'ils ont été effectués.

Au surplus, les auteurs qui enseignent que les articles 873 et 1220 doivent s'appliquer en notre matière, restreignent presque tous cette application aux dettes de la communauté, et, avec la jurisprudence, repoussent la division de plein droit des créances¹. C'est qu'en effet il résulterait de cette division une conséquence grave : si les créances communes se divisaient provisoirement de plein droit entre les conjoints au jour de la dissolution, les débiteurs communs pourraient opposer à celui des époux, dans le lot duquel une créance est mise ensuite pour le tout par le partage définitif, toutes les causes de libération (paiement, compensation, saisie-arrêt) qui se sont produites du chef de

1. Cf. GUILLOUARD, III, 1335, 1373.

l'autre époux et pour la part de celui-ci ; or, tant que la liquidation n'est pas achevée, la part de chacun dans l'actif de la communauté reste indéterminée, et même il peut fort bien arriver que, [par l'effet des récompenses par lui dues à la communauté, l'un des époux n'ait, en fin de compte, rien à prétendre sur cet actif ; par suite l'autre époux, qui, au moment où il en est définitivement approprié, voudrait poursuivre le paiement des créances de la communauté, risquerait de se voir opposer par ses débiteurs des exceptions nées du chef de son conjoint, et, en supposant ce dernier insolvable, d'être privé d'une partie de ce qui lui revient légitimement.

En somme, l'on rejette en matière de liquidation de communauté le principe de la division des créances et des dettes admis sans difficulté entre cohéritiers, et pourtant la situation de ceux-ci à l'égard du patrimoine d'une succession est généralement présentée comme l'indivision type. La vraie raison qui explique cette différence, c'est que la communauté est une société qui, vis-à-vis des époux, survit à sa dissolution, sans pour cela constituer une personne morale (ainsi que nous l'avons montré) ; sur laquelle les époux ont des droits à exercer et qui en a à faire valoir contre eux, avant qu'ils puissent être considérés comme appropriés de leur émolument.

Il est impossible, en effet, de n'être pas frappé de la distinction profonde qui existe entre les récompenses dues par la communauté ou à la communauté, et celles qui sont dues directement par un époux à l'autre. D'une part, les récompenses dues à la communauté ou par elle produisent un intérêt de plein droit du jour de la dissolution de la communauté, tandis que les récompenses de conjoint à conjoint restent soumises au droit commun de l'article 1513 (art. 1479). D'autre part, les récompenses dues à la communauté ou par elle se paient sur la masse commune ; leur règlement (rapports et prélèvements) est une opération du partage, alors que le paiement des récompenses directes entre les conjoints est rejeté après le partage par l'article 1478.

De ces règles particulières il résulte, à l'évidence, que les récompenses dues à la communauté ou par elle doivent être liquidées séparément des récompenses dues directement d'époux à époux ; et l'on procède à la liquidation de la masse commune comme si cette communauté était, vis-à-vis des époux, une entité juridique ayant son actif et son passif, débitrice et créancière de récompenses. « Il existe, dit un auteur pourtant adversaire déterminé de la personnalité de la communauté, il existe entre la communauté et chaque époux une sorte de

compte courant, ayant son crédit et son débit, plaçant par conséquent en regard, pour les compenser jusqu'à due concurrence, les récompenses dues par la communauté à l'époux ou par l'époux à la communauté. Ce point qui n'est plus discuté en jurisprudence, ne paraît pas non plus discutable en doctrine. Cependant, beaucoup d'auteurs, en traitant des récompenses dues par la communauté ou à la communauté, et de leur règlement distinct par voie de rapport et de prélèvement, ne mentionnent que d'une façon incidente la compensation de ces deux sortes de récompenses. Ils courent le risque d'être mal compris. Ils s'exposent à laisser croire qu'il ne s'agit là que d'un principe secondaire, d'une sorte d'expédient destiné à assurer une simplification facultative dans la liquidation. *Or il s'agit d'une règle fondamentale.* La communauté est en quelque sorte le banquier de chaque époux. Représentée par son chef, elle est l'administrateur des biens de chaque conjoint, de même que le tuteur est l'administrateur des biens du pupille. Il n'est jamais venu à la pensée de personne de considérer comme deux comptes distincts, et non comme les deux éléments d'un même compte, les recettes et les dépenses faites par le tuteur dans l'administration des biens du mineur. Il en doit être de même des encaissements et des débours

de la communauté relativement à l'administration du patrimoine propre de chaque époux. On nous reprochera peut-être de raisonner comme si la communauté était effectivement une personne morale. Mais le législateur lui-même ne traite-t-il pas le fonds commun comme un troisième patrimoine, absolument distinct, quant à la liquidation, du patrimoine propre de chacun des conjoints ¹ ». Il faut ajouter que ce procédé de liquidation des récompenses entre les époux et la communauté, constamment suivi dans la pratique notariale, consacré par la jurisprudence ², est traditionnel dans notre droit. « Après la dissolution de la communauté, nous dit Pothier, on doit liquider les *créances* que chacun des époux a *contre la communauté* et les *dettes* dont chacun des conjoints est débiteur *envers la communauté*. Cette liquidation est nécessaire en cas d'acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, afin que chacun des conjoints (ou ses héritiers) puisse, au partage qui se fera des biens de la communauté, exercer sur les biens de la communauté la reprise de la somme dont il sera

1. BAUDRY-LACANTINERIE, I, 805; *adde* : II, 1084-1086. — Cf. GUILLOUARD, II, 977.

2. Cass., 15 mai 1872, D. 72. 1, 197 ; Caen, 6 juill. 1889, D. 90, 2, 137 ; Cass., 3 mars 1891, D. 91. 1. 249 ; Besançon, 22 juill. 1891, D. 92, 2, 413 ; Angers, 11 mai 1891, D. 93. 2, 447.

créancier de la communauté, *déduction faite* de celle dont il était débiteur envers elle; et que, dans le cas où l'un ou l'autre des conjoints se serait trouvé débiteur de quelque somme envers la communauté, déduction faite de ce qui lui est dû par la communauté, cette somme dont il s'est trouvé redevable envers la communauté lui soit, au partage, précomptée sur sa part ¹. » On ne peut reconnaître plus nettement que la communauté, après la dissolution, survit jusqu'au partage définitif pour les besoins de la liquidation.

Si la communauté était une pure indivision, les opérations se passeraient nécessairement de façon toute différente. Toutes les récompenses devraient être ramenées à des dettes et à des créances directes entre le mari et la femme. Ce qui est dû par la communauté, en effet, est dû en réalité pour la moitié par chacun des conjoints; et inversement, s'il s'agit d'une créance, le véritable créancier est pour la moitié la femme et le mari pour l'autre moitié. Il n'y aurait donc qu'un compte unique dans lequel le mari et la femme joueraient seuls le rôle de créancier et de débiteur; par suite, *la compensation opérerait son effet extinctif, entre les époux, à l'égard de toutes les récompenses sans aucune distinction.*

1, POTHIER, *Communauté*, 582.

Supposons, par exemple, que la femme doit 10.000 francs de récompenses à la communauté, tandis que son mari doit 15.000 francs à la masse commune. Pour raisonner logiquement, il faudrait donc dire que la femme se doit à elle-même la moitié de sa dette, payée par confusion, et qu'elle doit l'autre moitié, soit 5.000 francs, à son mari ; de même celui-ci serait débiteur de 7.500 francs envers sa femme ; la balance une fois faite, l'épouse serait libérée de sa dette, et tout se ramènerait, à son profit, à une créance contre son mari.

Un pareil système serait manifestement en contradiction avec l'article 1478, qui semble bien prohiber toute compensation entre les récompenses dont les conjoints sont créanciers ou débiteurs envers la communauté et les récompenses qu'ils se doivent personnellement. Condamné par la jurisprudence, il est rejeté par tous les auteurs. Voici, d'ailleurs, ce que dit à ce sujet M. Guillouard, dans une note publiée sous un arrêt récent de la Cour de cassation ¹. « La théorie de la balance des reprises et des récompenses et de l'extinction des reprises par compensation avec les récompenses ne s'applique qu'aux dettes et aux créances de l'époux envers la communauté. Entre l'époux et la

1. Cass., 16 nov. 1904, D. 1905, 1, 1.

communauté, il y a une sorte de compte courant qui ne se clôt qu'au jour de la liquidation de la communauté. Jusqu'à ce moment, l'époux n'est ni créancier ni débiteur; il sera créancier ou débiteur par le résultat du partage. Mais, si l'époux a des créances propres contre son conjoint, ces créances, qui ne sont pas entrées dans la communauté, sont de libre disposition dans ses mains jusqu'au moment où le partage de la communauté l'aura déclaré débiteur de son conjoint, et si avant le partage il les a cédées à un tiers, celui-ci en est légitimement approprié; entre les deux conjoints, il n'y a pas de compte ouvert, et, par suite, pas de compensation possible dans le passé.» En somme, il ne s'opère pas de compensation entre les récompenses dues directement de conjoint à conjoint et les récompenses dues à la communauté ou par la communauté, parce qu'elles font partie de masses différentes, parce que, survivant à sa dissolution, la communauté reste distincte entre les patrimoines propres des époux, est créancière et débitrice des conjoints.

La jurisprudence, tranchant une controverse restée célèbre, décide expressément depuis de longues années que les époux se paient de leurs reprises en qualité de créanciers, quand ils exercent leur droit par voie de prélèvement en nature, c'est-à-dire quand ils

prennent sur la masse commune, avant tout partage, des biens en nature jusqu'à concurrence du montant de leurs récompenses ¹. Jadis la Cour de cassation avait cependant jugé qu'ils en étaient non pas créanciers, mais propriétaires; et elle en déduisait avec logique que la femme pouvait exercer ses prélèvements même à l'encontre des créanciers de la communauté envers qui elle ne s'était pas personnellement obligée, puisque au lieu d'un simple droit de créance, elle aurait à faire valoir une action réelle, la revendication, laquelle n'est pas soumise à la loi du concours ². Cette jurisprudence dangereuse pour les tiers, ruineuse pour le crédit du mari, est aujourd'hui du domaine de l'histoire : la Cour de cassation y renonça définitivement par un arrêt solennel de 1858 ³, où elle déclara que la femme était simple créancière de ses reprises. Mais alors il faut nécessai-

1. Il ne s'agit pas ici des prélèvements exercés en vertu de l'art. 1470-1^o; dans ce cas, en effet, les époux incontestablement reprennent leurs biens en qualité de propriétaires : ces biens leur étant restés propres, il n'y a là qu'un simple *triage* et non une opération de liquidation. Il s'agit des prélèvements visés par les articles 1470-2^o et 3^o, 1471 et 1472.

2. La question ne peut pas naître à l'égard du mari. Celui-ci, en effet, qui a été le chef de la communauté, est un obligé personnel envers tous les créanciers dont les droits sont nés pendant la communauté.

3. Cette jurisprudence a duré de l'arrêt de Cassation du 15 février 1853, D. 53. 1. 75, à l'arrêt du 16 janvier 1858, D. 58, 1. 5.

rement reconnaître, ici encore, que la vie de la communauté se prolonge pendant la liquidation. Dans la doctrine de l'indivision, où la communauté se divise de plein droit entre les époux pour l'actif comme pour le passif au jour de la dissolution, l'époux créancier de sa reprise devrait la voir s'éteindre pour moitié par confusion ; on ne concevrait pas qu'il en restât créancier pour le tout, et il n'y aurait pas de prélèvement, surtout pas de prélèvement en nature. La jurisprudence cependant, restée fidèle aux principes de l'arrêt de 1858, décide aujourd'hui d'une façon constante que les époux¹ sont créanciers de leurs reprises, et la doctrine est unanimement en ce sens⁴.

La communauté survit donc à sa dissolution pour les opérations de liquidation entre les époux. Jusqu'au partage définitif, la masse commune reste distincte des patrimoines personnels des copartageants. Dans cette mesure, elle conserve une individualité particulière que nous avons été déjà amené à lui reconnaître pendant le mariage. Mais nous ne voulons nullement prétendre que, pendant la

1. Cf. GUILLOUARD, II, 919-925. BAUDRY-LACANTINERIE II, 1120-1122. Toutefois, certains auteurs soutiennent que, dans leurs rapports entre eux, les époux agissent dans les prélèvements en qualité de propriétaires. En ce sens, ESMEIN, *Revue critique*, 1877, pp. 95 et ss. — *Contra* : GUILLOUARD, II, 926-930.

période de liquidation, la communauté présente une situation identique à celle qui résulterait de l'idée de personnalité. En examinant cette théorie, il nous a été donné de voir que, à l'égard des créanciers, il ne se produit rien d'analogue à une véritable séparation des patrimoines. Tant en doctrine qu'en jurisprudence, on s'accorde à refuser aux créanciers communs tout droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des époux sur les biens de la communauté. La séparation des patrimoines n'est que le mode d'exercice du droit de préférence, et c'est un privilège qui ne peut être reconnu que par un texte exprès : en notre matière ce texte n'existe pas.

Les créanciers de la communauté vont-ils donc être traités exactement comme les créanciers personnels des conjoints ? Cela serait la conséquence logique, forcée de la notion d'indivision. Mais sur un point apparaît une difficulté, et la solution qui en est proposée suppose que les créanciers communs ont, sur les biens qui dépendaient de la communauté, un droit plus fort que le droit de gage général des créanciers personnels.

Aux termes de l'article 2205, en effet, « la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou

la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable...» Les interprètes sont unanimes à déclarer cette disposition de l'article 2205 applicable aux créanciers personnels des conjoints; par suite, leur droit de poursuite sur les immeubles dépendant de la communauté se trouve suspendu jusqu'à ce que le partage général du fonds commun soit opéré. Mais on peut se demander si l'on doit l'étendre aux créanciers de la communauté. Dans le système de l'indivision, l'affirmative s'imposerait sans aucun doute; les créanciers communs ne sont en réalité que des créanciers personnels de chacun des époux pour leur part en communauté; il n'y a pas deux classes de créanciers: tous, quelle que soit l'origine de leurs créances, ont les mêmes droits sur le patrimoine de leur débiteur. Faut-il cependant décider que les créanciers de la communauté sont privés de toute action sur les immeubles communs tant que le liquidation n'est pas terminée? « Nous ne le croyons pas, dit M. Baudry-Lacantinerie¹. En voici la raison décisive. Si les créanciers de la communauté étaient condamnés à l'inaction jusqu'à l'achèvement du partage, ils ne pourraient plus concourir avec la femme créancière de ses reprises. Celle-ci exercerait ses pré-

¹ *Du contrat de mariage*, II, 1208.

lèvements avant le partage, et, une fois payée, leur opposerait le fait accompli. Et puis ne serait-il pas étrange d'obliger un créancier commun à faire procéder à la division d'un immeuble entre ses deux débiteurs pour pouvoir ensuite poursuivre contre chacun d'eux la saisie des parties de cet immeuble ? N'est-il pas plus simple de laisser ce créancier saisir collectivement contre eux, avant le partage, l'immeuble en entier, puisqu'on est sûr d'avance qu'après ce partage il pourra saisir toutes les fractions en lesquelles le bien aura été divisé ? »

Ainsi, nous constatons que les immeubles communs échappent aux poursuites des créanciers personnels des conjoints jusqu'à l'achèvement des opérations de liquidation et de partage; les mêmes biens peuvent être saisis, au contraire, par les créanciers de la communauté. N'y a-t-il pas contradiction flagrante à admettre ce droit seulement en faveur des créanciers communs, et à leur refuser, d'autre part, de se faire payer par préférence aux créanciers personnels ? Non. Sans doute, les créanciers personnels ne peuvent pas prendre l'initiative d'une saisie, ni en diriger les opérations; mais, une fois que la saisie aura été opérée à la requête d'un créancier commun, et que l'on sera arrivé à la période de l'ordre ou de la distribution, rien ne les empêchera de faire valoir leurs droits sur les

sommes à répartir : on prendra sur les deniers la portion revenant à leur débiteur, comme si un partage avait été opéré, et cette portion sera distribuée sans distinction de créances. Ce n'est pas accorder aux créanciers de la communauté le bénéfice de séparation de patrimoines, c'est simplement leur reconnaître une double qualité : certes, ils sont avant tout créanciers personnels de chacun des époux, et, comme tels, ils doivent subir le concours des autres ; mais cependant ils n'ont pas cessé d'être créanciers de la masse commune, parce que cette masse, contrairement aux effets ordinaires de l'indivision, survit dans une certaine mesure à sa dissolution.

* * *

Somme toute, entre l'indivision normale et la copropriété des époux sur le patrimoine de communauté, il y a des différences très marquées, et nous pensons qu'elles tiennent au fond même du droit. Entre indivisaires il s'établit surtout un état de fait, qui, par nature, doit disparaître aussi vite que possible ; leurs parts dans l'objet indivis sont plutôt juxtaposées que confondues, elles sont intellectuellement divisées ; et un partage, qui est immédiatement possible puisque le patrimoine a désormais une con-

sistance invariable, ne fera que matérialiser, en quelque sorte, l'étendue des droits de chacun. — Au contraire, le patrimoine de communauté est affecté à un but déterminé, et tant que ce but subsiste, tant que l'association conjugale dure, les biens qui le composent doivent conserver leur affectation particulière ; voilà pourquoi les conjoints ne peuvent en demander le partage. De plus, ce patrimoine vit, pour ainsi dire, il peut subir des fluctuations, augmenter ou s'appauvrir ; de là résulte qu'il est impossible, avant la dissolution, de fixer matériellement la part qui appartient à chaque époux. Et si les conjoints sont copropriétaires de la masse commune chacun pour une quote-part arithmétique, leurs parts sont toutefois véritablement confondues en fait et en droit ; ce qui explique pourquoi elles ne se retrouvent pas dans leurs patrimoines propres au même titre que les autres objets qui en dépendent, pourquoi, enfin, le fonds commun apparaît comme un troisième patrimoine distinct.

En un mot, le législateur a voulu réaliser dans le régime en communauté une union quant aux biens parallèle à l'union des personnes dans le mariage. C'est ce principe d'union qui fait défaut dans l'indivision ordinaire.

CHAPITRE IV

DU SYSTÈME DE LA « GESAMMTE HAND », CRITIQUE DE CETTE THÉORIE.

En étudiant, dans leur application à la communauté, les notions de personnalité civile et d'indivision, nous avons été amené à constater que si toutes deux se heurtent à des objections insurmontables et aboutissent en présence de certaines dispositions de la loi à des antinomies irréductibles, par contre chacune d'elles, sur quelques points, se trouve satisfaisante.

Ces observations ont donné lieu à une théorie récente, intermédiaire, au dire de certains de ses partisans, entre la propriété morale et la copropriété indivise. La communauté ne serait qu'une des applications de la « Gesamte Hand » ou propriété en main commune, dont, dès le début de cette étude, nous avons dû préciser les caractères essentiels et indiquer les principales conséquences. La masse commune, avons-nous vu, constituerait une universalité juridique, c'est-à-dire un patrimoine absolu-

ment séparé des patrimoines personnels des conjoints, ayant un actif et un passif propres. Toutefois, cette universalité juridique n'impliquerait pas l'existence d'une personnalité particulière, distincte des personnes des époux. Ceux-ci resteraient propriétaires des biens qui en dépendent; mais, pendant toute la durée de l'association conjugale, leur droit de propriété serait indéterminé, en ce sens qu'il faudrait le concevoir comme portant sur l'ensemble du patrimoine et non sur une quote-part simplement indivise.

En Allemagne, ce système sert aujourd'hui de base doctrinale à la communauté entre époux, qui, d'ailleurs, diffère sensiblement de notre régime légal, surtout quant à l'administration des biens communs. On y a recours, notamment, pour expliquer comment les conjoints ne peuvent ni demander le partage, ni aliéner leur part de communauté, comment le concours de la femme est nécessaire au mari pour engager ou aliéner soit des fonds communs, soit l'ensemble de la communauté. Cependant il est permis de remarquer que, même dans la communauté allemande, la théorie de la « Gesamte Hand » ne paraît pas absolument indispensable. « Ces dispositions expriment le lien dans lequel se trouve enchaînée la part d'intérêt de chaque époux

dans les biens communs, dépendance qui résulte de la destination même des biens communs : car ils sont faits pour servir, pendant la durée de la communauté, non pas aux intérêts particuliers des époux, mais aux intérêts de la communauté conjugale ¹. » Ce passage, emprunté aux motifs du nouveau Code civil allemand, donne la raison d'être, véritable et claire, des restrictions apportées aux pouvoirs de chacun des époux sur les biens qui entrent de son chef en communauté : ces biens sont *affectés à un usage spécial qui doit durer autant que le mariage lui-même* ; cette simple phrase, qui présente à l'esprit une notion plus nette que la théorie abstraite de la « *Gesammte Hand* », suffit à en justifier les conséquences.

Est-il donc bien utile pour l'interprétation de la communauté dans notre Code civil d'adopter cette doctrine ?

On ne saurait, tout d'abord, la présenter comme traditionnelle dans notre institution ; nous pensons l'avoir établi dans la première partie de cette étude. Nous avons montré qu'on ne peut assigner à notre régime matrimonial une origine purement germanique, et que, de

1. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, §§ 1442, 1444 1445. Cf. BUFNOIR, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890.

la comparaison des vieux textes, il faut conclure à certaines différences entre la communauté conjugale et les communautés taisibles où l'on croit retrouver la « *Gesammte Hand* », sinon organisée en théorie, du moins appliquée en fait. D'ailleurs, la communauté entre époux au temps de Pothier, celle qui a servi de modèle aux rédacteurs du Code, ne ressemble guère au régime décrit par Beaumanoir. Enfin, on a traduit les termes de « *Gesammte Hand* » par ceux de *propriété en main commune* ; mais cette expression même est un néologisme dans notre langue : nulle part nous ne la trouvons employée chez les anciens auteurs.

Le respect des traditions historiques ne devrait pas, toutefois, nous empêcher d'adopter une construction doctrinale, si elle satisfaisait la raison et si elle rendait compte de particularités restées jusqu'à présent sans explication.

Prise en elle même, la théorie de la « *Gesammte Hand* » vient bien un peu dérouter nos esprits, peut-être parce qu'ils sont encore dominés par les conceptions romaines et parce qu'elle trouble nos idées toutes faites. Nous sommes habitués à ce que tout droit ait un objet sur lequel il porte et un sujet qui en est investi. Or, dans cette doctrine, nous voyons un droit de propriété portant sur une masse déterminée de biens ; quel en est le sujet, le titulaire ? Ce n'est ni une per-

sonne morale, ni les deux conjoints chacun pour une part indivise. Nous avons quelque peine à concevoir ce droit de propriété qui est pour ainsi dire suspendu en l'air, et qui ne profite à personne. On dit bien que le sujet du patrimoine séparé est une *unité collective* formée des deux époux associés¹. Mais, en admettant que cette expression ne soit pas une pure contradiction dans les termes, il faut avouer qu'elle manque de clarté et rompt absolument avec nos habitudes de raisonnement les plus invétérées. Il en résulte, même chez les principaux partisans de ce système, une grande incertitude quant à la nature du droit des participants sur le patrimoine soumis aux règles de la « *Gesammte Hand* ». C'est un droit de copropriété, affirme M. Saleilles au n° 54 de son *Etude sur l'Histoire des sociétés en commandite* ; on en devrait conclure, semble-t-il, que ce droit des associés sera mobilier ou immobilier selon les objets auxquels il s'applique dans la masse sociale. Mais, au n° 57, le même auteur aboutit à cette constatation : « En résumé, le droit de chacun de associés était représenté par ce que nous appellerions aujourd'hui une part d'intérêts, plutôt que par un droit de copropriété.

I. Cf. MASSE, *op. cit.*, pp. 38, 151, 177, 182, 204 ; MEYNIAL, *op. cit.*, p. 816 ; SALEILLES, *op. cit.*, n° 57.

Qu'est-ce, en effet, qu'une propriété dont on ne peut pas disposer et qu'on ne transmet pas à ses héritiers ¹ ? En réalité, le droit de chacun se caractérise comme une part d'intérêts dans une masse commune avec droit actuel à la jouissance commune et droit éventuel au partage. » Or l'article 529 du Code civil décide que les parts d'intérêts des associés sont mobilières, encore que des immeubles se trouveraient compris dans l'actif social.

Au fond, la théorie de la « Gesamte Hand », si on laisse de côté la nécessité du lien personnel entre les associés ², n'est elle-même qu'une application d'une conception plus générale que l'on veut substituer à la notion classique de personnalité morale. Ce que nous appelons « apport à une société », en considérant cet acte comme une aliénation au profit d'une personne fictive, devrait se concevoir comme une simple *affectation*, équivalant à une scission dans le patrimoine de l'associé et suffisante pour arrêter l'action de ses créanciers person-

1. Dans les communautés taissibles, où l'on veut voir la réalisation la plus pure de la « Gesamte Hand », la part d'un membre décédé ne faisait pas partie de sa succession ; les descendants, à la mort du père, prenaient sa place dans la communauté ; s'il ne laissait pas de descendants, la part du défunt revenait aux autres communistes par droit d'accroissement. — *Conf. supra* p. 40.

2. Voy. sur ce point, MASSE, *op. cit.*, p. 10.

nels. De là l'expression dont on se sert dans cette théorie : on appelle *patrimoine d'affectation*, l'universalité juridique ainsi créée par déclaration de volonté de l'associé, sans qu'il soit besoin de reconnaissance légale. « Nous aboutissons ainsi, dit M. Saleilles, exactement à la conception que présente aujourd'hui un patrimoine doué de personnalité ; le nom seul fait défaut ¹. »

Mais alors, et sans vouloir nier que ces notions nouvelles de patrimoine d'affectation ou de propriété en main commune ne soient théoriquement préférables à la fiction d'un être moral, car il n'entre pas dans notre intention d'examiner ici cette question, il est bien permis de les trouver superflues. Quel avantage, en effet, quelle utilité particulière, en ce qui concerne la communauté conjugale, le système de la « *Gesammte Hand* » présente-t-il sur l'idée de personnalité ?

De donner de l'article 1422 une interprétation plus satisfaisante au cas où la femme concourt à la donation ; du moins, on le prétend.

Dans la théorie de la personnalité, les donations énumérées par cet article ne pourraient jamais être valablement faites ni par le mari, ni par les deux époux conjointement. Seul, en

1. SALEILLES, *op. cit.*, n° 63.

effet, l'administrateur d'une personne morale peut disposer des biens qui sont la propriété de cette dernière; mais il ne peut agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont concédés: tout acte du mari dépassant ces limites est radicalement nul, et l'adjonction de la femme ne saurait le rendre valable. Donc, en supposant que le mari ait fait une donation interdite par l'article 1422, il n'est pas douteux qu'il pourrait en poursuivre la nullité, même immédiatement, au nom de la communauté propriétaire des biens donnés; bien entendu la femme n'aurait le même droit qu'à la dissolution et si elle acceptait la communauté, mais elle pourrait agir avant la formation des lots, l'événement du partage étant nécessairement sans influence sur le sort de la libéralité.

Nous avons vu que la jurisprudence repousse toutes ces solutions. Au cas où le mari a fait seul la donation, elle n'accorde à la femme le droit d'en demander la nullité que si le bien donné en violation de l'article 1422 est mis dans son lot, et elle la valide quand les deux époux ont parlé à l'acte.

Avec le système de la « Gesamte Hand », on justifie cette dernière décision de la jurisprudence. « Nous retombons exactement, dit M. Masse, dans les principes de notre théorie de la copropriété germanique, c'est-à-dire d'une indivision

dans laquelle les droits des époux sont indéterminés et indivisibles... : l'acte qui ne peut être accompli par le représentant de la « Gesamte Hand » seul, fait partie du domaine de l'action commune : accompli par les deux « Gesammthänder », il deviendra pleinement valable... car c'est en général lorsqu'ils s'agit d'aliéner des immeubles ou une quote-part du patrimoine que cesse le pouvoir unitaire du chef, et que l'action commune reprend son empire dans toutes les applications de cette conception juridique ¹. » Et M. Meynial se prononce dans le même sens ². Mais M. Saleilles semble bien aboutir à une conclusion absolument opposée pour les sociétés en commandite. « Cette conception (la propriété en main commune), dit-il, est celle-ci :... ; et, de plus, un patrimoine indisponible pour tous ceux qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entreprise ; *n'étant, par conséquent, au point de vue de la validité des actes qui s'y réfèrent, qu'à la disposition du gérant qui fait le commerce pour tous* ³. » Signalons en passant cette contradiction, preuve nouvelle de l'incertitude de la théorie de la « Gesamte Hand ».

1. MASSE, *op. cit.*, p. 470 ; *ibidem* p. 63. Cf. *supra* notre introduction.

2. MEYNIAL, *op. cit.*, p. 820.

3. SALEILLES, *op. cit.*, n° 63

Au surplus, elle ferait obstacle aux règles constamment admises par les tribunaux sur le droit des époux de poursuivre la nullité d'une libéralité consentie par le mari seul en violation de l'article 1422. « Même pendant la durée de la communauté, l'action en nullité appartient au mari. En effet, l'acte qu'il a accompli en dépit de l'article 1422 est un acte pour lequel son pouvoir de chef de communauté cesse ; il est un de ces cas dans lesquels le droit commun de la *Gesammte Hand* doit reprendre sa place ; l'acte est donc nul à l'égard de la *Gesammte Hand des époux*, et, comme il représente cette dernière, il aura en son nom le droit de demander l'invalidation de cet acte. » On arrive donc ici à une solution identique à celle qui s'imposerait dans le système de la personnalité ; solution d'ailleurs tout à fait inacceptable, et il est bien évident que jamais un tribunal ne consentirait à l'admettre. Ce serait permettre au mari, contrairement à la règle « donner et retenir ne vaut », de faire annuler une libéralité aussitôt que consentie, alors même qu'on ignore la décision que prendra la femme à la dissolution. N'est-il pas plus logique, et aussi plus équitable, d'attendre ce moment, et, si la femme accepte, d'attendre

même le partage ? L'intérêt des tiers, qui tiendraient du donataire des droits sur le bien objet de la donation l'exige impérieusement.

En somme, même pour l'interprétation de l'article 1422, la théorie de la « *Gesammte Hand* » n'est guère plus satisfaisante que l'idée de personnalité. Sur tous les autres points ces deux conceptions, dans leur application à la communauté, entraînent des conséquences identiques : la « *Gesammte Hand* », comme la personnalité morale, conduirait notamment à reconnaître aux créanciers de la communauté, sur les biens communs, un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des conjoints, et cette seule conséquence suffirait à la faire repousser. En réfutant la théorie de la communauté personne morale, nous avons donc par cela même réfuté l'idée d'une *propriété en main commune* des époux sur le patrimoine de communauté.

CONCLUSION

L'impossibilité d'encadrer toutes les règles de la communauté conjugale dans l'un des systèmes proposés par les auteurs est désormais acquise.

L'idée de considérer le mari comme le propriétaire exclusif du fonds commun, déjà contestée dans l'ancien droit, en contradiction avec les mœurs modernes, ne saurait être admise sous l'empire du Code civil ; elle est, à juste titre, depuis longtemps abandonnée. La fiction d'un être moral, la notion de copropriété indivise sont également insuffisantes pour rendre compte de toutes les dispositions de la loi, de toutes les décisions de la jurisprudence. Enfin, la théorie de la « *Gesammte Hand* » ne jette aucune clarté nouvelle sur notre régime matrimonial, et, avec des conséquences presque identiques, se révèle aussi peu satisfaisante que la conception de la personnalité civile.

A quoi bon, du reste, tenter de faire rentrer la communauté dans l'une de ces catégories ?

L'intérêt d'une semblable tentative est purement théorique : nous avons vu qu'en faisant appel à la tradition et aux besoins de la pratique, la doctrine et la jurisprudence françaises sont arrivées, sans le secours d'aucune systématisation, à des résultats parfaitement acceptables, et qu'en somme les rares lacunes, qu'avait laissé subsister la réglementation minutieuse du Code en cette matière, se sont trouvées heureusement comblées. « Nous avons la bonne fortune, dit très bien M. Meynial, de posséder un régime de communauté mitigé, désordonné si vous le voulez, mais plein de principes si opposés qu'on est sûr d'y trouver de quoi infléchir l'institution en un sens ou en l'autre suivant les circonstances. C'est l'idéal du régime juridique d'une société en mal de transformation. Serait-il sage de nous forger une armature plus résistante¹ ? »

Au surplus, le législateur de 1804 ne s'est nullement préoccupé de faire une construction doctrinale de la communauté ; il s'est contenté de modifier sur un point ce qui existait au XVIII^e siècle, c'est-à-dire de restreindre les pouvoirs du mari ; pour le reste, il a adopté à peu près le droit antérieur. Or, dans son évolution historique, la vie de notre institution a

1. MEYNIAL, *op. cit.*, p. 824.

été déterminée évidemment par autre chose que par le souci théorique d'une conception abstraite.

C'est ce qui explique qu'aujourd'hui la communauté présente une physionomie juridique qui lui est propre. Si elle offre certaines analogies avec des institutions voisines, essentiellement, elle s'en distingue. C'est, si l'on veut, une société, mais une société toute spéciale qui emprunte à son but un caractère *sui generis*.

L'organisation de la communauté met, en effet, en jeu autre chose que des considérations purement pécuniaires. Il y faut tenir compte des mœurs, de la discipline du mariage, et par suite de l'utilité sociale. La fin que l'on se propose n'est point le lucre : assurer la vie et le bien-être des époux et de la famille, voilà le but unique. On conçoit dès lors que les biens communs soient destinés à servir non les intérêts particuliers des conjoints, mais ceux de l'association conjugale.

Somme toute, accessoire du mariage, la communauté participe de sa nature ; elle crée, pour les besoins du ménage, un fonds commun ; elle réalise l'union des intérêts pécuniaires des époux sous l'administration du mari, comme le mariage effectue l'union des personnes sous l'autorité maritale.

« La communauté entre conjoints par ma-

riage, dit Pothier, est *une espèce de société de biens* qu'un homme et une femme contractent lors qu'ils se marient.» Volontairement imprecise, cette définition, exacte au XVIII^e siècle, est de nos jours encore la seule qui soit conforme à la vérité juridique.

Vu :

Le Président de la Thèse,

D. DANJON.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	Pages. 1
-------------------	-------------

PREMIÈRE PARTIE

La Communauté dans l'ancien Droit français.	19
CHAPITRE I ^{er} . — Les origines de la communauté..	23
CHAPITRE II. — De la nature juridique de la communauté dans le droit coutumier.	49
§ 1. — <i>Dans quelle mesure la communauté réalisait la notion de société.</i>	50
§ 2. — <i>Des conceptions abstraites de la propriété collective dans l'ancien droit et de leur application à la communauté.</i>	61
APPENDICE. — Les projets de la Révolution sur la communauté.	75

DEUXIÈME PARTIE

La Communauté dans le Code civil	79
CHAPITRE I ^{er} . — La communauté est une société .	81
§ 1. — <i>La notion de société et la communauté</i>	81
§ 2. — <i>Doctrine de la propriété du mari : Réfutation. — Restrictions aux pouvoirs du mari.</i>	87
§ 3. — <i>Concours de la femme aux actes du mari.</i>	96

	ages.
CHAPITRE II. — Théorie de la personnalité civile de la communauté. — Réfutation	104
CHAPITRE III. — Système de la copropriété indivise — Son insuffisance	126
§ 1. — <i>Différences entre la communauté pendant le mariage et l'indivision normale.</i>	129
§ 2. — <i>Survivance partielle de la commu- nauté après sa dissolution.</i>	137
CHAPITRE IV. — Du système de la « Gesamnte Hand ». — Critique de cette théorie.	155
CONCLUSION.	167



